

T. C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

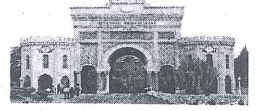
Yüksek Lisans Tezi

Milletlerarası Sorumluluk Hukukunda
Zaruret Hali

Miray Azaklı Köse
2501110206

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Ayşe Nur Tütüncü

İstanbul 2013



Y Ü K S E K L İ S A N S
T E Z O N A Y I

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : Miray Azaklı KÖSE Numarası : 2501110206
Anabilim/Bilim Dalı : KAMU HUKUKU Tez Savunma Tarihi: 18.07.2013
Danışman : Prof. Dr. Ayşe Nur TÜTÜNCÜ Tez Savunma Saati :13.00
Tez Başlığı : "Milletlerarası Sorumluluk Hukukunda Zaruret Hali"

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜ'NE OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-Prof. Dr. Ayşe Nur TÜTÜNCÜ		Kabul
2-Prof. Dr. İbrahim KAYA		Kabul
3-Yrd. Doç. Dr. Elif UZUN		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- Yrd. Doç. Dr. Gökhan GÜNEYSU		
2- Prof. Dr. Gülçin Elçin GRASSİNGER		

Milletlerarası Sorumluluk Hukukunda Zaruret Hali

Miray Azaklı Köse

ÖZ

Milletlerarası sorumluluk hukukunda zaruret hali, devletin milletlerarası hukuka aykırı eylemine mazeret oluşturan önemli bir istisnadır. Zaruret hali hukuka aykırılığı ortadan kaldıran diğer durumlara kıyasla daha geniş ve kapsayıcıdır. Çünkü korunan çıkar yalnızca devletin ya da vatandaşların varlığının korunması ile sınırlanmamıştır. Zaruret hali ekonomik veya çevresel çıkarlar gibi pek çok türde çıkarın korunması için öne sürülebilir. Bu nedenle zaruret hali milletlerarası hukukun pek çok özel alanında uygulanmaktadır. Özellikle yatırımcı-devlet tahkimi ve kuvvet kullanma alanlarında zaruret haline dair ilkeler önemli sonuçlar doğurmaktadır. Bu sonuçlardan biri zaruret halinin kuvvet kullanmanın belli dereceleri bakımından meşru müdafaa gibi bir istisna olabileceğidir. Bu çalışmada öncelikle zaruret halinin unsurlarını inceleyerek bu soyut kavramın ne anlama geldiğini açıklamaya çalıştık. Daha sonra kavramın somut olaylara nasıl uygulanacağını ve bazı özel alanlara uygulandığında ortaya çıkan sorun ve sonuçları araştırdık. Kendini koruma hakkına dayanan ilkel halini bir yana bırakırsak, oldukça yeni olan bu kavram kuvvet kullanmaya ilişkin güncel tartışmaların odağındadır. Son yıllarda birkaç yazar tarafından ‘Zaruret hali meşru müdafanın bir alternatifi olabilir mi?’ sorusu sorulmaktadır. Belki de bu soru kuvvet kullanmaya ilişkin literatürde yepyeni bir alan yaratacaktır.

Anahtar kelimeler: Kuvvet kullanma, milletlerarası hukuk, milletlerarası hukuka aykırı eylem, sorumluluk hukuku, zaruret hali.

State of Necessity In The Law of International Responsibility

Miray Azaklı Köse

ABSTRACT

State of necessity in international law of responsibility is an important exception to the internationally wrongful acts of the state. Comparing to the other circumstances precluding wrongfulness, it is wider and more inclusive than the others, because the protected interest is not limited to the protection of the existence of a state or citizens. State of necessity might be invoked in order to protect a wide variety of interests such as economic or environmental interests. Therefore it is applied to numerous special fields of international law. Especially in the field of investor- state arbitration and use of force, the principles concerning the state of necessity have important results. One of these results is that state of necessity might be an exception such as self-defense for a certain degree of the use of force. In this study by examining the elements of the state of necessity, we tried to make clear the meaning of this abstract concept. Then we examined how the concept might be applied to the concrete cases and when it is applied to the special fields where problems and results arise. Putting aside the right of self preservation, the earlier concept of the state of necessity; this new concept is at the centre of current discussions about the use of force. The question of “Might state of necessity be an alternative to the self-defense?” has been asked by writers in recent years. Maybe that question would create a new field in literature on the use of force.

Keywords: Use of force, international law, internationally wrongful act, law of responsibility, state of necessity.

ÖNSÖZ

Modern zaruret hali milletlerarası hukukta oldukça yenidir. Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun kodlaştırma faaliyeti öncesinde kimi mahkemelerce kabul edilip, uygulanmasına rağmen doktrinde varlığı tartışmalı bir konuydu. Ancak Devletin Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler'de düzenlenerek bu tartışmalara bir son verilmiştir. Artık tartışılan konu zaruret hali gibi bir hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenin olup olmadığı değil, kavramın içeriği, hangi unsurlardan oluştuğu ve uygulamada karşılaşılan sorunlardır. Ancak zaruret hali hakkında yazılmış eser sayısı çok azdır. Konu hakkındaki literatür daha çok makaleler çerçevesinde gelişmiştir. Ancak burada da genel sorumluluk hukuku çerçevesinde zaruret halinin incelenmesinden çok ICSID tahkiminde görülen çeşitli davalarda zaruret halinin ne şekilde ele alındığı incelenmektedir. Doğrusu yabancı yatırımcı-devlet uyuşmazlıkları çerçevesinde zaruret haline ilişkin sayısız makale ve derleme vardır. Tezin üçüncü bölümünde zaruret hali ve yatırım hukuku çerçevesindeki bu gelişmelere yer vermiş bulunmaktayız ancak ikinci bölüm yazılırken genel zaruret haline ilişkin yazının aslında çok zayıf olduğu ortaya çıkmıştır. Zaruret haline ilişkin doktrin yatırım uyuşmazlıkları, kuvvet kullanma, insancıl müdahale gibi özel alanlar etrafında gelişmektedir. Türkçe'de konu hakkında yazılmış eser olmadığı gibi, yabancı kaynakların da sınırlı olması oldukça şaşırtıcıdır.

Zaruret hali denince akla özellikle bir iç hukuk dalı olan ceza hukukundaki zaruret hali gelmektedir. Esasen milletlerarası hukuktaki devletin zaruret hali de buradan türemiştir. Bu çalışmaya başlamadan önce ceza hukuku ve milletlerarası hukuk arasındaki bu bağlantıların kurulması planlansa da sonradan bu bağlantının kurulmasını yerinde bulmadık. Nedeni ceza hukuku ile ilgisi bulunan kavramın modern zaruret halinden çok tarihsel bir hak olarak kabul edilen kendini koruma hakkı olmasıdır. Bugün milletlerarası hukukta “kendini koruma doktrini” tamamıyla reddedilmektedir. Tarihtedevletin kendini koruma hakkına, varlığına yönelik bir tehditle karşılaştığında başvurabileceği kabul edilmiştir. Modern zaruret haline başvurabilmek içinse hayati bir tehdit olması aranmamaktadır.

Çalışmanın birinci bölümünde sözünü ettiğimiz kendini koruma hakkı ve zaruret halinin bu kavramdan ayrılarak bağımsız bir varlık kazanması süreci incelenmiştir. Bu süreç aynı zamanda zaruret halinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmaları da içermektedir. İkinci bölüm ise modern zaruret haline ayrılmıştır. Zaruret haline başvurulabilmesi için gereken şartlar ve zaruret halinin diğer hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlardan farkları bu bölümde incelenmişti. Üçüncü bölüm ise iki ana başlıktan oluşmaktadır. Birincisi zaruret hali öne sürmenin milletlerarası yükümlülüğe ve tazminata etkisi; ikincisi ise genel sorumluluk hukukuna dair bir kavram olan zaruret halinin özel rejimler ile ilişkisi.

Çalışmam süresince bana verdikleri destek için pek çok kişiye teşekkür borçluyum. Bana yol gösteren ve değerli vaktini ayırarak çalışmamı titizlikle inceleyen hocam ve tez danışmanım sayın Prof. Dr. Ayşe Nur Tütüncü'ye, çalışmama ilgi göstererek kıymetli görüşlerini benimle paylaşan ve ulaşamadığım kaynakları temin etmede yardımlarını esirgemeyen hocam sayın Prof. Dr. Rauf Versan'a sonsuz şükranlarımı sunarım. Çalışmam süresince gösterdikleri anlayış ve sundukları destek için sayın Araş. Gör. Dr. Enver Arıkoğlu'na, sayın Araş. Gör. Dr. Verda Neslihan Akün'e ve Araş. Gör. Dr. Elif Başkaracaoğlu'na çokteşekkür ederim. Tez süresince hep dayanışma içinde olduğumuz, sevgili çalışma arkadaşlarım Araş. Gör. Ufuk Dal, Araş. Gör. Yusuf Sidar Şahin ve Araş. Gör. Sevda Keskin'e de çok teşekkür borçluyum.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KENDİNİ KORUMA HAKKINDAN ZARURET HALİNE KAVRAMIN TARİHSEL VE TEORİK GELİŞİMİ

I. Tarihsel Bir Hak Olarak Kendini Koruma.....	3
A. Genel Olarak	3
B. Zaruret Haline Dair İlk İlkeler: Grotius'un Zaruret Hali	5
C. Milletlerarası Hukukun Genel Bir Prensibi Olarak Kendini Koruma.....	8
1. Genel Olarak	8
2. Prensibin Ülke İçinde Uygulanması	10
3. Prensibin Ülke Ötesinde Uygulanması.....	13
a. Kendini Koruma Çerçevesinde Zaruret Hali	13
(1) Neptün Davası ve <i>Cheng</i> 'in Tespit Ettiği İlkeler	14
(2) <i>Cheng</i> 'in İncelediği Diğer Davalar	16
(3) <i>Cheng</i> 'in Neptün Kararına Dayanarak Tespit Ettiği İlkeler ile <i>Ago</i> 'nun Zaruret Hali Arasındaki Benzerlikler	18
b. Kendini Koruma Çerçevesinde Meşru Müdafaa	21
c. Kendini Koruma Çerçevesinde <i>Kuvvet Kullanarak Hakkını Elde Etme</i> ..	22
II. <i>Roberto Ago</i> 'nun Temel Çıkara Dayanan Modern Zaruret Hali Doktrini.....	23
A. Kendini Koruma Hakkına Yöneltilen Eleştiriler ve Bu Kavramın Terk Edilmesi.....	23
B. <i>Roberto Ago</i> 'nun Modern Zaruret Hali Doktrini.....	25

İKİNCİ BÖLÜM
MİLLETLERARASI SORUMLULUK HUKUKUNDA ZARURET HALİ

I. Milletlerarası Sorumluluk Hukukunun Gelişimi	30
A. Milletlerarası Hukuk Komisyonu Çalışması Öncesi Dönem	30
B. Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun Kodlaştırma Çalışmaları	33
II. Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler	35
III. Zaruret Halinin Şartları	38
A. Genel Açıklama	38
B. Şartlar	40
1. Temel Bir Çıkarın Tehlikede Olması	40
2. Ağır ve Yakın Tehlike	41
3. Eylemin Çıkarı Korumanın Tek Yolu Olması	42
4. Başka Bir Temel Çıkara Zarar Verilmemesi	44
5. Yükümlülüğün Zaruret Halinin Öne Sürülmesini Engellememesi	45
6. Devletin Zaruret Haline Katkıda Bulunmamış Olması	45
7. Eylemin Emredici Bir Kurala Aykırı Olmaması	46
C. Zaruret Hali ve Benzer Kavramlar Arasındaki Farklar	50
1. Mücbir Sebep (<i>Force Majeure</i>) ve Zaruret Hali	50
2. Tehlike (<i>Distress</i>) ve Zaruret Hali	51
3. Rıza (<i>Consent</i>), Meşru Müdafaa (<i>Self Defence</i>) ve Zaruret Hali	52

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ZARURET HALİNİN SONUÇLARI VE ÖZELREJİMLER İLE İLİŞKİSİ

I. Zaruret Halinin Sonuçları	54
A. Genel Açıklama	54
B. Zaruret Hali Öne Sürmenin Milletlerarası Yükümlülüğe Etkisi	54
C. Zaruret Hali Öne Sürmenin Tazminata Etkisi	58
II. Zaruret Halinin Özel Rejimler İle İlişkisi	61
A. Genel Kural: Lex Specialis Derogat Legi	61

B. Zaruret Hali ve Yatırım Hukuku (ICSID Tahkimi)	63
1. Genel Açıklama	63
2. CMS Davası	65
3. CMS Kararının İptalinin Talep Edilmesi	70
4. LG&E Davası	72
5. Zaruret Halinin Pratikte Ekonomik Krizlere Uygulanabilirliği.....	76
C.Zaruret Hali ve Kuvvet Kullanma	78
SONUÇ	88
BİBLİYOGRAFYA	90

KISALTMALAR

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
Aşa.	Aşağıda
AÜSBF	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler
BM	Birleşmiş Milletler
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
Çev.	Çeviren
Ed. by.	Editör/ Yayına Hazırlayan
et. al.	ve diğerleri
GATT	Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması
Harv. Int'l L.J.	Harvard International Law Journal
Ibid.	Aynı
ICSID	Milletlerarası Yatırım
MAD	Milletlerarası Adalet Divanı
MDAD	Milletlerarası Daimi Adalet Divanı
MHK	Milletlerarası Hukuk Komisyonu
NATO	North Atlantic Treaty Organization
Op. cit.	Atıf yapılan eser
Para.	Paragraf
RDC	Recueil des Cours
RIAA	Reports of International Arbitral Awards
s.	Sayfa
Sa.	Sayı
UN Doc.	Birleşmiş Milletler Belgeleri
VAHS	1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi
vd.	ve devamı
Vol.	Volume
WTO	Dünya Ticaret Örgütü
Yay.	Yayınevi/ Yayınları
Yuk.	Yukarıda

GİRİŞ

Oldukça eski ve anonim bir Latince deyiş e göre “*Necessitas non habet legem*” yani “Zaruret kanun tanımaz.” Doğal hukukçu Aquinalı Thomas zaruret halindeki kişinin eylemlerinin hukuka aykırı sayılamayacağı ve bu eylemleri nedeniyle cezalandırılmayacağını açıklarken bu deyiş i hatırlatıyordu.¹ Thomas’a göre bu durum kanunkoyucu açısından bir sınır oluşturuyordu: Zaruret hali göz ardı edilerek yaratılan hukuk kuralları doğal hukuka aykırı olacaktı, bu nedenle böyle bir kanun yapılamazdı.

1914 yılında Birinci Dünya Savaşı sırasında Almanya Belçika ve Lüksemburg’u işgal ettiğinde de aynı deyiş gündeme gelmiştir. Alman Şansölyesi Bethmann-Hollweg yapılan eylemin hukuka uygun olduğunu şu sözlerle savunmuştur : “*Şu anda bir zaruret içerisindeyiz ve zaruret kanun tanımaz.*”² Klasik milletlerarası hukukta devletin *kendini koruma hakkı* ya da *prensibi* biçiminde vücut bulan bu düşünce yüzyıllar öncesinden günümüze dek varlığını sürdürmüş, devletler tarafından pek çok olayda ve milletlerarası hakem mahkemeleri önünde hukuki bir argüman olarak kullanılmıştır. Devletin tüm hakların üstünde birtakım temel hakları olduğu ve varlığına yönelik bir tehlikeyle karşılaştığında başkalarının her türlü hakkını çiğnemesinin mümkün ve hukuka uygun olduğu düşüncesi özellikle 19. yüzyılda hukuk alanında oldukça rağbet görmüştür. Pek çok hukukçu böyle bir hakkın var olduğunu savunurken, bir kısım yazar zaruret halini tümenden reddetmiştir. Bu reddin nedeni kendini koruma ya da zaruret halinin kötüye kullanılmaya son derece açık yapısıdır.

Aquinalı Thomas hukukun zaruret halini tanımak zorunda olduğunu söylerken kanımızca doğru bir noktaya temas ediyordu. Bugün her hukuk sisteminde belirli koşullarla bazı istisnai durumlar tanınmaktadır ve zaruret hali de bunlardan biridir. Milletlerarası hukuk açısından sorun zaruret halinin belirli şartlara bağlanamaması ve bunun sonucunda milletlerarası arenada devletlere sınırsız güç tanınması olmuştur. Bunu sınırsız bir hak kabul eden ya da tümenden reddeden

¹ Thomas Aquinas, **Summa Theologica**, Part II, Question 96, art. 6.

² Bethmann Hollweg’in 4 Ağustos 1914 tarihli Reichstag konuşmasından: “*wir sind jetzt in der Notwehr; und Not kennt kein Gebot!*” Bkz. **Jahrbuch des Völkerrechts**, Vol. III, ed. by, Th. Niemeyer, K. Strupp, München, 1916, s.728

yazarların aksine *Bin Cheng* kanımızca teorik olarak zaruret halini isabetli şekilde açıklamıştır. Pek çok davayı inceleyerek aslında kökleri Grotius'a dayanan ve zaruret halinin kullanılmasına sınırlar getiren örf ve adet kurallarının aslında mevcut olduğunu ve bunların halihazırda mahkemelerce uygulandığını tespit etmiştir.³ Son olarak zaruret hali MHK özel raportörü Roberto Ago'nun konu üzerine yaptığı çalışmalar ve hazırladığı detaylı raporların yol göstericiliğinde Sorumluluğa İlişkin Taslak Maddeler'de kodlaştırılmıştır.

Devletler arasındaki sorumluluk ilişkilerini düzenleyen genel sorumluluk hukuku içinde yer alan zaruret hali, yabancı-devlet arasındaki yatırım uyuşmazlıkları ve kuvvet kullanma gibi özel alanlara uygulandığında ilginç sonuçlar doğurmuştur. Hatta zaruret haline ilişkin literatürün büyük kısmı 2001 yılında Arjantin'de patlak veren ekonomik krizden etkilenen ve ICSID'e başvuran yabancı yatırımcıların davaları ile ilgilidir. Zaruret halinin ekonomik alana yani ekonomik zaruret adı verilen durumlara uygulanması doktrinde tartışılmakta olan bir konudur. Çünkü aynı vakıalara dayanan davalardan zaruret halinin varlığına ilişkin farklı sonuçlar alınmıştır.

Kuvvet kullanma ve zaruret hali arasında ilişki kurulması da önemli hukuki tartışmalara yol açmıştır. Bunlardan biri zaruret halinin meşru müdafaaya bir alternatif olup olmayacağıdır. Bu çalışmada tüm bu konulara değinilerek, hukuki bir kurum olarak zaruret hali incelenecektir.

³ Bin Cheng, **General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals**, London, Stevens and Sons Limited, 1953, s. 69-77.

BİRİNCİ BÖLÜM

KENDİNİ KORUMA HAKKINDAN ZARURET HALİNE KAVRAMIN TARİHSEL VE TEORİK GELİŞİMİ

I. Tarihsel Bir Hak Olarak Kendini Koruma

A. Genel Olarak

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durum olarak zaruret halinin tarihsel temelini araştırdığımızda “kendini koruma” (*self-preservation*) kavramı ile karşılaşmaktayız. Bunun anlamı, devletin kendini korumasını gerektirecek bir tehditle karşılaştığında, böyle bir tehdit olmasaydı hukuka aykırı kabul edilecek önlemleri almasının meşru sayılmasıdır.⁴ Bu prensibe göre kendini koruma hakkını kullanan devlet, milletlerarası hukukun herhangi bir kuralına aykırı davranabilir. Eğer bu eylem kendisini korumak için gerekli ise, yani aksi halde hayati çıkarlarını tehdit eden bir ihlalden kendini koruyamayacak ise bu eylemi başka bir devletin herhangi bir hakkını ihlal etmez.⁵

Kendini koruma hakkı doğal hukuk düşüncesine göre devletin temel haklarından biri sayılmakta ve diğer devletlerin tüm hakları karşısında öncelikli ve üstün bir hak olarak kabul edilmektedir.⁶

Kendini koruma hakkının varlığı konusunda doktrinde bir görüş birliği yoktur. Birçok yazar bu hakka şüpheyile yaklaşmakta, bazıları ise milletlerarası hukukta böyle bir hakkın varlığını bütünüyle reddetmektedir. *Schwarzenberger*'e

⁴Roman Boed, “State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct”, **Yale Human Rights & Development Law Journal**, Vol.III, s.1-43, s.4.

⁵ Hans Kelsen, **Principles of International Law**, Clark, New Jersey, The Law Book Exchange Ltd., 2003, s.58-59, Boed , **op. cit.**, s.4

⁶Julio Barboza, “Necessity (Revisited) in International Law, **Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs**, Ed. by. Jerzy Makarczyk s.28

göre ise, eğer kendini koruma mutlak ve diğer hakları çiğneyen bir hak olsaydı, milletlerarası hukukun geri kalanı ihtiyari olacaktır.⁷

Boed zaruret hali ve kendini koruma prensibinin çok uzun zamandır yakın ilişki içerisinde olduğunu belirtmektedir.⁸Buna göre zaruret halinin milletlerarası hukuk teorisindeki en erken hali kendini koruma prensibi olarak kabul edilmektedir.Böyle bir prensibin var olduğunu kabul eden yazarlarca da zaruret hali kendini koruma hakkı içinde onun bir alt başlığı olarak değerlendirilmiş ve aslında aynı şeyi; egemenin/devletin var olma hakkını temsil eder şekilde kullanılmıştır.Ancak modern zaruret doktrininin kurucusu Roberto Ago ile bu iki kavram arasındaki bağlantı koparılmış; doğal hukuk anlayışına dayanan “kendini koruma” doktrini, Ago tarafından yeni doktrinin inşasında tamamen reddedilmiştir. Bunun nedeni devletin diğer tüm hakların üzerinde birtakım temel haklara (*fundamental rights*) sahip olduğu düşüncesinin günümüz milletlerarası hukuk anlayışına göre kabul edilemez olmasıdır. Bizce de böylesi geniş şekilde kullanılabilen bir hakkın varlığının günümüzde kabulü, kuvvet kullanımını yasaklayan modern milletlerarası hukukun temel prensiplerine aykırı olacaktır. Ancak bu bakış açısı değişikliğine rağmen, zaruret halinin mantıksal ve tarihsel temelini oluşturan kendini koruma hakkının incelenmesi kanımızca, meydana gelen bu çok önemli değişikliğin anlaşılması açısından gereklidir.

Klasik eserlerde zaruret halinin kendini koruma hakkının bir şekli olarak kabul edilmesi ve yukarıda belirttiğimiz gibi aslında aynı şeyi temsil etmesi nedeniyle, çalışmanın bu bölümünde önce kendini koruma prensibi açıklanacak daha sonra da her iki kavram arasındaki ilişki ele alınacaktır. Aslında Romalı devlet adamı, düşünür ve hukukçu Cicero’nun ortaya attığı “*Salus Populi Suprema Lex Esto*”⁹ yani “*Halkın güvenliği en üstün kanundur.*” ilkesi ile başlayan ve çeşitli aşamalar geçirerek modern bir kavram haline gelen zaruret halinin bu gelişim süreci birinci bölümün ana konusudur.

⁷ Georg Schwarzenberger, “The Fundamental Principles of International Law”, **Recueil des Cours (RDC)**, vol.87, 1955, s.195.

⁸Boed, **op. cit.**, s.4

⁹ Andrew R. Dyck, **A Commentary on Cicero, De Legibus**, The University of Michigan Press, 2004, s.459.

B. Zaruret Haline Dair İlk İlkeler: Grotius'un Zaruret Hali

Hugo Grotius 17. yüzyılda yazdığı “Savaş ve Barış Hukuku” isimli eserinde, Yahudi hukuku ve Roma hukukunu örnek göstererek kendini koruma hakkının birçok milletin iç hukukunca tanınan bir hak olduğunu belirtmektedir : “Yahudi hukuku, ... Roma'dan aşağı kalmayarak, kendi hayatımızı korumak için olmadıkça; bize yiyeceğimizi çalan bir kimseyi öldürmeyi yasaklayan aynı şefkat prensibine göre hareket eder.”¹⁰

Grotius'a göre aynı ilkeyi devletlerarası ilişkilerde de uygulamak mümkündür. Eserinin “Bütün İnsanlara Ortaklaşa Olan Şeyler” başlıklı ikinci bölümünde özel mülkiyet konusunu işlerken, “... Kaçınılmaz bir zorunluluk durumunda, sanki ...mal ortaklığı varmışcasına, her şeyden yararlanmayı öngören ilkel hak yeniden ortaya çıkmaktadır; çünkü bu çeşit kaçınılmaz zorunluluk durumları, bütün insan yapısı yasalarda olduğu gibi, mülkiyeti kabul eden yasalarda da kural-dışı tutulmuş görünmektedir.”¹¹diyerek gerçek kişilerin zaruret halinde başkasının malını kullanma hakkı olduğunu belirtir ve “Bu hakkın savaşta uygulanması” başlıklı paragrafta bu hakkı devletlere uyarlar. Grotius, devletlerin haklı bir savaşta, düşman tarafından tarafsız bir ülkede bulunan bir toprağa el koyacağı ve bunun kendisine onarılmaz zararlar vereceğine ilişkin haklı bir korkuya sahip olması halinde bu yerin devletçe alınabileceğini belirtmektedir.¹² Böyle bir eylemi de zaruret hali kapsamında değerlendirmektedir.

Savaşta tarafsız olanların durumuna gelince, tarafsız kalmış halklara karşı tarafsız olmaları nedeniyle, prensip olarak savaşa dayanan herhangi bir hak öne sürülemeyeceğini belirttikten sonra, ancak zaruret halinde bunun tersinin söz konusu

¹⁰ Hugo Grotius, **On the Law of War and Peace**, Çev. A.C. Ontario, Campbell, Batoche Books, 2001, s.69. (Grotius'un bu eserine yapılan atıflarda esasen AÜSBF yayınlarından çıkan ve Seha L. Meray'ın Türkçe'ye kazandırdığı “Savaş ve Barış Hukuku- Seçmeler” eserinden yararlanılmış, ancak seçmelerde yer verilmeyen kısımlar için A. C. Campbell'in De Iure Belli Ac Pacis'in Latince aslından yapmış olduğu İngilizce çevirisine başvurulmuştur.)

¹¹Hugo Grotius, **Savaş ve Barış Hukuku**, Çev. Seha L. Meray, AÜSBF yay., 1967, s.60. Çevirmenin tercih ettiği “zorunluluk” ifadesi, çalışmamız boyunca kullandığımız zaruret hali (*state of necessity*) ifadesi ile aynı anlamda kullanılmıştır. İlgili esere atıf yaptığımız yerlerde, zaruret hali ile eş anlamlı olarak zorunluluk hali ifadesini kullandık.

¹²**Ibid.**, s.61.

olabileceğini söyler: “Aşırı zorunluluk olmadıkça, tarafsızlardan hiçbir şeyin alınmaması, alınırsa değerinin ödenmesi gerekir”¹³ Grotius’a göre kural, savaş halinde tarafsızlara karşı herhangi bir hak ileri sürülmemesidir; “Ancak savaş sırasında tarafsız halklara karşı da zorunluluk durumunu öne sürerek birçok şey yapıldığı için...”¹⁴ Grotius buna birtakım sınırlamalar getirilmesi gerektiğini düşünmüştür. Bu düşünce günümüzde Milletlerarası Hukuk Komisyonu’nun (MHK) yaptığı kodlaştıma çalışmalarında zaruret haline oldukça sıkı ve sınırlayıcı şartlar getirmesi ile örtüşür.

Grotius’un zorunluluk haline ilişkin belirttiği ilkeler arasında;(1) zorunluluğun aşırı ölçüde olması, (2) mülkiyet sahibinin kendisinin de eşit ölçüde bir zorunluluk durumunda bulunmaması, (3) zorunluluğun olduğu kesin olsa bile zorunluluğun gerektirdiğinden fazlasına el konulmaması, (4) eşyayı sadece kullanmak yeterli ise, bu şeyin bütünüyle tüketilmemesi, (5) tüketilmesi gerekli ise, eşyanın sahibine bu şeyin değerinin ödenmesi¹⁵(6)zorunluluk durumu sona erdiğinde eşyanın sahibine geri verilmesi¹⁶ gibi hususlar bulunmaktadır. Grotius’un eserinin çeşitli yerlerinde bulunan zaruret kavramına ilişkin bu ve benzeri ilkelerden yola çıkarak Rodick, Grotius’un (*Grotian*) zaruret kavramının şartlarını tespit etmiştir. Buna göre ;

- “1. Öne sürülen hakkı (burada zaruret) kullanan kişide, suç işleme niyeti (*mens rea*) bulunmamalıdır.
2. Yaşama veya mala yönelik gerçek ve hayati bir tehlike bulunmalıdır.
3. Zaman bakımından pek yakın bir tehlike bulunmalıdır.
4. Tarafsızların malına el konulurken, el konulan miktar ortadaki belirli amaç için gerekli olandan fazla olmamalıdır.
5. Hakkaniyet gözetilmelidir.
6. Zaruret hakkını kullanan kişi mümkünse malı geri vermeli yahut karşılığını ödemelidir.”¹⁷

¹³Ibid, s.251.

¹⁴Ibid.

¹⁵Ibid.s.215.

¹⁶Ibid.s.61.

¹⁷Boed, *op. cit.*, s.5’ten naklen bkz. Burleigh Cushing Rodick, **The Doctrine of Necessity in International Law**, Columbia University Press, 1928s. 5-6.

Ancak mesele bu “kendini koruma” durumu yahut “zaruret hali”nin bir hak mı yoksa hukuka aykırılığa karşı öne sürülen hukuki bir mazeret mi olduğu konusunda düğümlenmektedir. Grotius devletin kendini korumasını bir hak olarak ele almaktadır. Bunun yansıması olarak 19. yüzyılda birçok yazar da devletin varlığını sürdürme ve buna ek olarak kendini koruma gibi bazı temel haklara sahip olduğunu öne sürmüştür.¹⁸ “Kendini koruma” tarihsel olarak, tüm hakların üstünde olan var olmaya ilişkin temel bir hak olarak görülmüş ve iki bireysel haktan birinin önceliğini öne sürmede geleneksel bir meşrulaştırma aracı olmuştur.¹⁹

Kendini korumayı bir hak olarak kabul etmek birçok pratik zorluğu beraberinde getirmektedir. İki devletin sahip olduğu çatışan iki haktan (Bir devletin sahip olduğu, milletlerarası hukuktan kaynaklanan haklarını kullanma hakkı ile başka bir devletin kendini koruma hakkını kullanmak suretiyle bu hakları ihlal etme hakkı) hangisinin üstün olduğuna karar vermek gibi zorluklara yol açmaktadır.²⁰

Modern milletlerarası hukuk ise zaruret kavramını bir “hak” olarak kabul etmeyerek bu yarışan haklar sorununu ortadan kaldırmıştır. Modern milletlerarası hukuka göre zaruret hali ancak önceden belirlenmiş sınırlı şartlarda öne sürülebilen bir istisnai bir durumdur. MHK tarafındankodlaştırılan modern zaruret kavramı, kendini koruma düşüncesi ile bağlantılı olarak ele alınmamıştır.²¹Buna göre, kendini koruma ancak devletin varlığı tehlike altındaysa ortaya çıkabilir, zaruret halinde ise böyle bir zorunluluk yoktur.²² Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde inceleyeceğimiz üzere devlet, temel bir çıkarı tehdit edildiğinde zaruret haline başvurabilir. Bu tehlike ekonomik, çevresel veya herhangi bir temel çıkara yönelmiş olabilir.

¹⁸*Addendum to the Eight Report on State Responsibility, by Mr. Roberto Ago* (1980), UN Doc. A/CN.4/318/ADD.5-7, s.16. (Bundan sonra “**Ago Raporu**”) Ago bu yazarlara örnek olarak, 1874’te J. L. Klüber’i (*Droit des gens moderne de l’Europe*, 2nd ed., Paris, 1874, s.75-76), W. E. Hall’u (*A Treatise on International Law*, 8th ed., Oxford Clarendon Press, 1924, s.322), H. Wheaton’ı (*Elements of International Law*, 6th ed., London, Stevens, Vol.I 1929, s.150), A. W. Heffter’i (*Das europaische Völkerrecht der Gegenwart*, 6th ed., Berlin, Schroeder, 1873, s. 59), A. Rivier’i (*Principes du droit des gens*, vol.I, Paris, Rousseau, 1896, s. 277-278) ve T. Twiss’i (*The Law of Nations [considered as Independent Political Communities]*, Oxford, Clarendon Press, 1884, s. 178) göstermektedir.

¹⁹*Report of the International Law Commission on the Work of Its Thirty-Second Session*, (5 May-25 July 1980), UN Doc. A/35/10, s.71. [Bundan sonra **MHK raporu (1980)**]

²⁰ Boed, **op. cit.**, s.6.

²¹ *Ago Raporu*, s.17.

²² **Ibid.**

C. Milletlerarası Hukukun Genel Bir Prensibi Olarak Kendini Koruma

1.Genel Olarak

Milletlerarası hukukun genel prensiplerini mahkeme kararları çerçevesinde incelediği ünlü eserinde²³*Bin Cheng*, kendini koruma prensibini de bir hukuk genel prensibi olarak ele alıp incelemiştir. Yazarın vardığı bu sonuç incelediği çok sayıdaki yargı kararına dayanmaktadır. MHK Özel Raportörü *Roberto Ago* da, Cheng'in bu eserine ve eserde yer verilen bazı mahkeme kararlarına atıfta bulunarak milletlerarası hukukta böyle bir ilkenin bulunduğunu ve mahkemelerce de kabul edilip uygulandığını belirtmektedir.

Milletlerarası Daimi Adalet Divanı (MDAD) 1927 yılında verdiği *Lotus davasına* ilişkin kararında:

“Milletlerarası hukuk bağımsız devletler arasındaki ilişkileri düzenler. Bu nedenle devletleri bağlayan hukuk kuralları, devletlerin sözleşmelerde ifade ettikleri kendi özgür iradelerinden veya hukuk prensiplerini ifade ettiği genellikle kabul edilen ve bu bağımsız topluluklar arasındaki ilişkileri düzenlemek veya ortak amaçlara ulaşmak için tesis edilen örf ve adet kurallarından kaynaklanır. Bu nedenle devletlerin bağımsızlığı üzerine kısıtlama kabul edilemez .”²⁴

ifadesine yer vermiştir. Aslında mahkeme burada bir esası ortaya koymaktadır: Devletlerin bağımsızlığı aslolandır ve devletin kendi özgür iradesi ile kabul ettiği kurallar ile örf ve adet kuralları haricinde bu bağımsızlık kısıtlanamaz.

Ancak Yargıç *Anzilotti*MDAD'nin verdiği Almanya- Avusturya arasındaki Gümrük Rejimi danışma görüşüne ilişkin bağımsız görüşünde devletin bundan

²³Bkz. yuk. s.2 dn.3.

²⁴1927 tarihli *Lotus Davası, The Case of the S.S. "Lotus"*, Judgment, Permanent Court of International Justice (PCIJ), Ser. A- No.10, s.18. 2 Ağustos 1926 tarihinde Ege denizi Midilli Adası açıklarında Fransız gemisi Lotus ve Türk gemisi Bozkurt arasında meydana gelen çatma sonucu Türk gemisi Bozkurt ikiye ayrılarak batmıştır. Olay neticesinde Türk vatandaşı olan 8 kişi hayatını kaybetmiştir. Lotus gemisi İstanbul'a geldiğinde Türkiye devleti Türk ve Fransız kaptanları tutuklamış ve kovuşturma başlatmıştır. Fransa Türkiye'nin açık denizde meydana gelen bu olay bakımından yargılama yetkisinin bulunmadığını, bu eylemin milletlerarası hukuka aykırı olduğunu öne sürerek uyumsuzluğu MDAD önüne taşımıştır. Divan Türkiye'nin eyleminin milletlerarası hukuka aykırı olmadığına hükmetmiştir. Bkz. **Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the Permanent Court of International Justice**, United Nations, New York, 2012, s.96 vd. (bundan sonra “**Summaries**”)

feragat edebileceğini belirtmektedir: “Olağan milletlerarası hukuka göre, her ülke bağımsızlığından ve hatta varlığından vazgeçebilir.”²⁵

Yine Yargıç Anzilotti ve Yargıç Huber *Wimbledon Davası*'na (1923) ilişkin ortak karşı görüşlerinde, Versay Andlaşmasınının 380. maddesinin Almanya'ya üçüncü bir devlet ile savaşa girilmesi halinde Kiel Kanalı'nı serbest ve açık tutma yükümlülüğü getirmediğini, Almanya'nın tarafsızlığı ve iç güvenliği tehlikede olduğunda tarafsızlığını korumak ve milli savunmasını temin etmek üzere hükmün uygulanmasını geçici olarak etkileyen olağanüstü önlemler alabileceğini belirtmişlerdir.²⁶

Romalı devlet adamı, düşünür ve hukukçu Cicero'nun “*Salus Populi Suprema Lex Esto*” yani “*Halkın güvenliği en üstün kanundur.*” sözü Cheng'e göre Milletlerarası Adalet Divanı (MAD) Statüsü 38. maddesi (c) bendi anlamında uygar milletlerce kabul edilen bir hukuk genel prensibi olarak kabul edilebilir.²⁷ Çünkü bu ilkeye milletlerarası hakem mahkemelerince sıklıkla başvurulmuştur ve Almanya-Venezüella Karma İddialar Komisyonu (1903),bu ilkenin milletlerarası hakem mahkemelerince dikkate alınması gereken, her uygar ülkenin olmazsa olmaz temel yasası olduğunu düşünmüştür.²⁸ Ayrıca *Great Venezuelan Railroad* davasına bakan hakem mahkemesi devletin bir yüksek görevlisinin davranışının bu kurala aykırı olması nedeniyle geçersiz olduğuna hükmetmiştir.²⁹

²⁵*Customs Regime between Germany and Austria* (1931), Advisory Opinion, Ind. Op. by Anzilotti, PCIJ, Ser.A/B No. 41, s.59.

²⁶*Wimbledon davası, Case of the S.S. “Wimbledon”*, Dissenting Opinion by Anzilotti and Huber, PCIJ, Ser.A No. 1.,s.36,37,40. Dava Almanya'nın kuzeyinde bulunan Kiel kanalının barış ve savaş zamanındaki hukuki rejimine ilişkindir. Bir İngiliz gemisi olan Wimbledon'ın Kiel Kanalından geçiş talebi Almanya tarafından tarafsızlık kuralları gerekçesi ile reddedilmiştir. İngiltere kanalın rejimini düzenleyen Versay Andlaşması 380. maddesi gereğince kanaldan geçişe izin verilmesi gerektiğini öne sürerken, Almanya söz konusu maddenin tarafsızlık kurallarının uygulanmasına bir engel teşkil etmediğini belirtmiştir. MDAD İngiltere lehine karar vererek Versay Andlaşması gereğince Almanya'nın Kiel kanalından geçişe izin vermekle yükümlü olduğuna hükmetmiştir. Yargıç Anzilotti ve Yargıç Huber ise karşı görüş belirtmişlerdir. Bkz. **Summaries**, s.13 vd.

²⁷ Cheng, **op. cit.**, s.31

²⁸**Ibid.**, s.30.

²⁹*The Great Venezuelan Railroad Case (1903)*, RIAA vol. X, s.468-476, s. 471. Dava Venezüella hükümeti ve özel bir demiryolu şirketi arasındadır. Taraflar arasında yapılan anlaşmaya göre demiryolu şirketi hükümet için savaşa asker ve mühimmat taşımayı, hükümet ise bundan meydana gelebilecek tüm zararı karşılamayı üstlenmiştir. Ancak dava neticesinde hükümetinin böyle bir söz vermesinin kesinlikle geçersiz olduğuna karar verilmiştir. Mahkemeye göre bu durum kamu düzenine aykırıdır, çünkü kamu işletmesi benzeri olan demiryolu şirketi uygun olmayanlar haricinde tüm

Milletlerarası toplum düzeninde devletin iki boyutu vardır: Biri üstün bir siyasi kurum olarak kendi ülkesel sınırları içinde egemen olması, ikincisi ise başka egemen devletlerin de var olduğu bir toplumun yani milletlerarası toplumun üyesi olması. Bu ikili ayırım nedeniyle *Cheng* kendini koruma prensibini uygulandığı alana göre ikiye ayırmaktadır³⁰:

- 1- Prensibin ülke içinde uygulanması (*Internal Application*)
- 2- Prensibin ülke ötesinde uygulanması (*External Application*)

Her ne kadar prensibin ülke sınırları içerisinde uygulanması, milletlerarası hukukun ilgilendiği alanın dışında kalan, devletin egemenliğini kullandığı iç hukuka ait bir mesele olsa da; prensibe ilişkin bir mantıksal çerçeve oluşturulması ve konu bütünlüğünün sağlanması için genel hatlarıyla incelenecektir.

2.Prensibin Ülke İçinde Uygulanması

Devletin vatandaşlarına yaptığı uygulamalar –insan hakları ve azınlık haklarına ilişkin sözleşme hükümleri hariç olmak üzere- ilkesel olarak milletlerarası hukukun konusu dışında kaldığından; milletlerarası hukuktaki kendini koruma ilkesinin iç hukukta uygulanışı daha çok yabancılarla ilgili bir mesele olarak görülür.³¹Devletin üstün menfaatlerinin korunması için yapılan uygulamalar yabancıların hak ve menfaatlerini etkilemektedir.

Yabancıların ülkeye kabul edilmemesi ve sınırdışı çıkarılması, kamu yararının geliştirilmesi veya kamu güvenliğinin sağlanması için alınacak önlemler prensibin ülke içi uygulamasını oluşturur.

Milletlerarası yargı organlarınca verilen kararlar devlet tarafından bir yabancının ülkeye alınmaması ya da sınırdışı edilmesinin hukuki dayanağının,

insanları ve malları taşımakla yükümlüdür. Bayındırlık bakanının hükümet adına demiryolu şirketi ile yaptığı ve Hükümete asker ve mühimmat taşınması sırasında meydana gelebilecek tüm zararları karşılamakla yükümlülüğü getiren anlaşma halkının güvenliğini tehlikeye attığı ve kamu düzenine aykırı olduğu için geçersiz sayılmıştır.

³⁰ Cheng, **op. cit.**, s.31

³¹ **Ibid.**, s.32

devletin ülkesindeki vatandaşların refah ve güvenliğini korumak hak ve yükümlülüğü olduğunu göstermektedir.³²

1903 tarihli *Maal Davası*'nda hakem mahkemesi, Venezüella hükümetinin ülkesinin refahı için tehlikeli olan kişileri hukuka uygun bir yolla ülkeye almayabileceğini veya gerekiyorsa sınırdışı edebileceğini ve bu bağlamda geniş takdir yetkisi bulunduğunu belirtmiştir.³³

Kendini koruma prensibinin ülke içi uygulamalarından kamu refahının geliştirilmesi için alınacak önlemlere gelince; 1926 yılındaki *Standard Oil Co. Davası*'ndan bahsetmek gerekir.³⁴ Standard Oil Co. Davasında mahkeme: "Genel kabul gören bir ilkenin uygulanması kapsamında, yabancı bir ülkede oturma izni alan veya bu ülkeye sermaye yatıran herhangi bir kişi bunun yanında gelen riskleri üstlenmeli ve o ülkenin kanunları gereği bir yabancı olması nedeniyle kendisine karşı alınacak ayrımcılık niteliğindeki tedbirlere boyun eğmelidir." şeklinde hüküm vermiştir.³⁵ Diğer bir karara göre ise "Milletlerarası hukuk özel mülkiyete saygı gösterilmesini ister, ancak devletin üstün menfaati öyle gerektirdiğinde, devletin bu prensipten doğan hakkını da tanır."³⁶

Milletlerarası hukuka göre devlet kendi ülkesi üzerinde münhasır yetkiye sahiptir. Yani belirli bir devletin ülkesi üzerinde yalnızca bu devlet egemenlik

³²**Ibid.**

³³*Maal Case (1903)*, RIAA vol. X s.730- 733, s.731. Hollanda vatandaşı olan ve ABD'de ev satım işleriyle uğraşan bir yabancı Caracas'a giden bir trene binmek üzere iken istasyonda tutuklanır. Venezüella bu kişinin devrimciler adına çalışan ve hükümete karşı eylem hazırlığında olan bir suikastçi olarak şüpheli konumda olduğunu belirtir, bu nedenle bir daha geri gelmemek üzere Venezüella ülkesini terk etmesini ister. Dava neticesinde mahkeme devletin kamu düzeni veya refahına karşı zararlı olabilecek yabancıları ülkesinden sınırdışı etme ya da ülkesine kabul etmeme hakkına sahip olduğuna hükmetmiştir.

³⁴*The Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft oil tankers (Standard Oil Co. Case) Reparation Commission/ USA (1926)*, RIAA vol. II, s.777-795. Savaş döneminde Almanya tarafından tahrip edilen İngiliz iştirakçilere ait yedi gemiye Büyük Britanya bedelini ödeyerek el koymuştur. Britanya tarafından gemi sahibi iştirakçilere ödenen bedel, el konulan gemilerin kayıp zamanındaki değeridir. Uyuşmazlık el konulmayan gemilere daha az bedel ödendiği iddialarından kaynaklanmaktadır. ABD tarafından Berlin Andlaşmasına göre Almanya'nın İngiliz şirketlerinde pay sahibi olan Amerikalılara verdiği zararı tazmin etmekle yükümlü olduğu iddia edilmiştir. Ancak mahkeme aksi sonuca vararak Berlin Andlaşmasının Almanya'ya böyle bir yükümlülük yüklediğine karar vermiştir.

³⁵**Ibid.**, s.794.

³⁶*Portugo- German Arbitration (1919)*, RIAA vol. II s.1035,1077, s.1039. Trans. by Bin Cheng, **op.cit.**, s.37.

yetkilerine sahip bulunmakta ve kamu gücünü kullanmaktadır.³⁷ Devlet bu yetkisine dayanarak kamu güvenliğini sağlamak için çeşitli önlemlere başvurursa, yabancıların hak ve menfaatleri açısından bu önlemlerin sınırı ne olacaktır?

Dickson Car Wheel Co. Davasında³⁸ Meksika Birleşik Devletleri–Amerika Birleşik Devletleri Uyuşmazlık Komisyonu buna bir cevap getirmiştir. Söz konusu komisyona göre :

“Devletler kendilerini ağır tehlikelere karşı korumak için her zaman olağanüstü önlemlere başvurmuştur ve bu önlemler nedeniyle yabancıların zarara uğraması iddialar için temel oluşturmaya yetecek güçte değildir ... Bir ülkede ikamet eden ve doğal, sosyal veya milletlerarası felaketler sebebiyle bu önlemlere uymaya zorlanan yabancı, işlerine verilen doğal zarara herhangi bir onarım beklemeden katlanmalıdır.”³⁹

Tüm bu yargı kararları bize şunu göstermektedir: Toplumun menfaatleri bireylerin menfaatlerin üzerindedir. Toplumun refahı ve güvenliği için devlet durumun gereklerine uygun çeşitli önlemler alabilmekte ve normal koşullarda saygı gösterilmesi gereken özel hakları ihlal edebilmektedir.⁴⁰ “Halkın güvenliği en üstün kanundur” ilkesi milletin refah ve güvenliğinin devletin otoritesi altında olan kişilerin (yabancı ve vatandaşların) hak ve menfaatlerinin üstünde olmasına, bunları çiğnemesine izin vermektedir.

Tüm bu bahsettiğimiz yargı kararları ve bu kararlarda görülen yabancıların devletin aldığı çeşitli önlemler nedeniyle uğradığı zarara katlanması yönündeki bakış açısına milletlerarası hukuk çerçevesinde bir çare aranması kanımızca aslında

³⁷ Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk**, 10. bs., İstanbul, Turhan Kitabevi, 2011, s.149-150.

³⁸*Dickson Car Wheel Company (USA) v. United Mexican States* (1931), RIAA vol. IV. ABD menşei Dickson Araba Tekerleği Şirketi, Meksika Ulusal Demiryolları'na araba tekerleği satıp teslim etmiştir. Ancak daha sonra ulusal demiryollarına Meksika hükümeti tarafından el konulmuş ve malları haczedilmiştir. malların haczi ile haczin kalkması arasındaki dönemde (1914-1925) demiryolları Meksika hükümeti tarafından işletilmiştir. Elde edilen gelir ise Meksika hükümeti ve Milletlerarası Bankerler Komitesi arasında paylaşılmıştır. Bu arada tekerlekleri aldığı Dickson Şirketi'ne borçlarını ödemeyen demiryolları buna gerekçe olarak söz konusu dönemde demiryollarını işletemediği için gelir elde edememesini göstermiştir. Dickson Araba Tekerleği Şirketi adına davayı tahkime getiren ABD söz konusu dönemde Demiryollarının şirket tüzel kişiliğini korumasına, yani varlığını devam ettirmesine rağmen elde edilen gelirden yoksun kaldığını ve Meksika hükümetinin elde ettiği gelirin sebepsiz zenginleşme oluşturduğunu ileri sürmüştür. Ancak mahkeme eğer ortada bir zarar varsa bu zararın Meksika Ulusal Demiryollarına ait olduğunu ve şirketin Meksika mahkemelerinde hakkını arayabileceğini belirterek Meksika hükümeti lehine karar vermiştir.

³⁹*Ibid.*, s. 681-682.

⁴⁰ Cheng, **op. cit.**, s.67

milletlerarası sorumluluk hukukunun gelişmeye başlamasının tetikleyicisi olmuştur. Gerçekten de devletin milletlerarası sorumluluğuna ilişkin ilk girişimler ve çalışmalar hep yabancıların kişisel haklarının ya da özel mülkiyet haklarının korunmasına yöneliktir.⁴¹ Yani başlangıçta devletin milletlerarası sorumluluğu mekanizması yalnızca yabancıların mülkiyet hakkının korunması düşünülerek tasarlanmıştır. Ancak sonra çok daha geniş ve her türlü yükümlülüğün ihlalini kapsayan bir biçim almıştır.

3.Prensibin Ülke Ötesinde Uygulanması

Çalışmamızın konusunu oluşturan zaruret hali, meşru müdafaa ve kuvvet kullanarak hakkını elde etme hakkı (*self-help*) ise prensibin ülke dışı uygulamasını oluşturmaktadır. Görüldüğü gibi modern milletlerarası hukuk sisteminde yaşanan gelişmelerle ayrı ve birbirinden bağımsız varlık kazanan bu kavramlar, 1950’li yıllarda yazılan eserlere göre kendini koruma doktrininin alt başlıklarını, onun birer bir görünüm biçimini oluşturmaktadır.

“Halkın güvenliği en üstün kanundur” ilkesi kendini koruma prensibinin ülke ötesinde uygulanmasında devlete, dışarıdan gelen bir tehlike veya düşmanlık karşısında milletini korumak için gereken tüm önlemleri alma yetkisini vermektedir.

a. Kendini Koruma Çerçevesinde Zaruret Hali

Zaruret halinin bir milletlerarası hukuk genel prensibi haline gelmesi, kavramın kaydettiği önemli aşamalardan biridir. Birçok devlet uygulaması ve yargı kararına konu olması ve yükümlülüğün yerine getirilmemesine karşı bir mazeret olarak kabul edilip uygulanması nedeniyle milletlerarası hukukun genel bir prensibi haline geldiği savunulmuştur.⁴²

⁴¹Elif Uzun, **Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu**, İstanbul Beta Yay., 2007, s.23-24.

⁴²**Bkz.** *Ago Raporu*, s. 21 vd. Özel Raportör Roberto Ago, zaruret halinin pek çok davada söz konusu olduğunu vurgulayarak Taslak Maddelere ilişkin raporlarında birçok hukuka aykırılığı ortadan

(1) Neptün Davası ve *Cheng*'in Tespit Ettiği İlkeler

Zaruret hali kavramının önemli ilkelerini ortaya koyması, şartlarını ve sınırlarını belirlemesi açısından *Neptün Davası (1797)*⁴³ son derece önemlidir. Bu davada Grotius'tan günümüze uzanan zarurete ilişkin ilkeler belirli bir mantık çerçevesinde ortaya konmuştur.

Neptün, Amerika'dan Fransa'ya (Bordeaux) gitmek üzere yola çıkmış; yiyecek (büyük oranda pirinç) yüklü bir Amerikan gemisidir. Büyük Britanya'ya ait bir savaş gemisi tarafından gemiye el konur ve gemi Londra limanına götürülür. Londra'da Yüksek Denizcilik Mahkemesi tarafından, düşman devletlerin limanlarına kargo taşıyan tarafsız gemilerin mallarına el konulmasına ve Neptün gemisinin taşıdığı kargonun İngiliz hükümetine satılmasına karar verilir. İngiliz hükümeti kargoyu fatura fiyatı artı yüzde on fazlasını ödeyerek satın alır. İşte ödenen bu bedel ile eğer gemi hedeflenen varış noktasına (Bordeaux) ulaşıyorsa elde edilecek bedel arasındaki fark nedeniyle, geminin sahipleri İngiliz hükümetine karşı hakemliğe başvurur. *Jay Andlaşması* 7. maddesine dayanılarak kurulan ABD-İngiliz Karma Komisyonundan söz konusu zararın giderimini ister. Ancak İngiliz hükümeti eylemin amacının ülkesindeki gıda sıkıntısını gidermek olduğunu belirterek olayda zaruret halinin bulunduğunu öne sürer. Dava sonunda Komisyon, başvuran lehine karar verir; böylece İngiliz hükümetinin olayda zaruret hali bulunduğu ve bu nedenle eylemin hukuka uygun olduğu iddialarını reddeder.⁴⁴

Ancak burada komisyon zaruretin hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olduğunu reddetmemekte; yalnızca bu olayda zaruretin koşullarının oluşmadığını tespit etmektedir. Davada görev yapan yargıçlardan Amerikalı üye William Pinkney, görüş yazısında şöyle yazar:

kaldıran neden yanında zaruret haline de yer vermiştir. Ancak Ago'nun zaruret kavramı, devletin esas varlığının tehlikede olması şartına dayanmaz. Daha sonra inceleyeceğimiz üzere Ago'nun zarureti devletin herhangi bir "temel çıkar"ın tehlikede olmasını esas alır. Ago burada değineceğimiz pek çok kararı örnek göstererek zaruret halinin milletlerarası hukukta geniş biçimde kabul gördüğünün altını çizmiştir.

⁴³*The Neptune*, Bkz. John Bassett Moore, **International Adjudications: Modern Series**, Vol.4, 1931, s.372.

⁴⁴Takuhei Yamada, "State of Necessity in International Law: A Study of International Judicial Cases", s. 111-112, (Çevrimiçi) <http://www.law.kobegakuin.ac.jp/~jura/hogaku/34-4/34-4-04.pdf>, 19.06.2013. Boed, **op. cit.**, s. 8, Hüseyin Pazarcı, **op. cit.**, s. 424, Ayrıca Ago, raporunda bu davaya atıfta bulunmaktadır. *Ago Raporu*, s.34, para.48.

“Aşırı bir zaruretin (*extreme necessity*) alınan böyle bir önlem⁴⁵ meşru hale getirebileceğini reddedemem. Önemli olan, olayda aşırı zaruretin bulunup bulunmadığını ve bunun bağlantılı olduğu hakkın hangi koşullara dayanılarak kullanılacağını belirlemektir.

Grotius'un bize söylediği zaruretin hayali olmaması gerektiğidir, o gerçek ve zorlayıcı olmalıdır, ve bunlar olsa bile zarurete uygun tüm diğer kurtuluş yolları denenmedikçe ve yetersiz bulunmadıkça [zaruret] başkalarına ait mallara el koyma hakkı vermez.”⁴⁶

Bir diğer Amerikalı komisyon üyesi *Christopher Gore*, doğrudan *Grotius*'un görüşlerinden alıntı yapar: “Başkasının yiyecekleri üzerinde hak sahibi olabilmek için zaruret gerçekten aşırı olmalıdır; ikincisi sahibi benzer bir zaruret içerisinde bulunmamalıdır; üçüncüsü mutlak zaruret bizi almaya zorlarsa, gerekenden fazlasını almamamız gerekir.”⁴⁷

Aynı davada Yargıç *Trumbull*da benzer şekilde görüş bildirir:

“Tüm kanunların üstünde olduğu ve mal ve hak arasındaki ayrımı ortadan kaldırdığı kabul edilebilecek zaruret, mutlak ve karşı konulamaz olmalıdır, ve kendini korumanın tüm diğer yolları tüketilmedikçe, başkalarına ait şeylere el koymayı ve kendi kullanımımıza tahsis etmeyi zaruret mazeretiyle meşru kılamayız. 1795 Nisanı'nda Büyük Britanya'da böyle bir durum mevcut muydu? Böyle bir önlem alınmadan önce mevcut bir kıtlık yerine, olmasından endişe duyulan bir kıtlığa karşı korunmak için herhangi bir önlem alınmış mıydı?”⁴⁸

Trumbull bu soruları sorduktan sonra olayda Büyük Britanya'nın böyle bir durumu olmadığını ifade eder.⁴⁹ Bu yüzden Komisyon önüne gelen zaruret iddiasını reddetmiştir. Ayrıca üç üyenin görüş yazılarından anlaşılan o ki, zaruret hali bazı sıkı şartlar altında kabul edilmektedir.

Bin Cheng, *Neptün* kararından zaruret haline ilişkin olarak şu kuralları çıkarmıştır:

- 1- Devletin varlığı tehlikede olduğunda, kendini koruma zorunluluğu (necessity of self preservation), aksi takdirde hukuka aykırı olacak belirli eylemler için iyi bir savunma olabilir.

⁴⁵ Kastedilen yiyeceklere el konmasıdır.

⁴⁶ Moore, *op. cit.*, s.398-399. (William Pinkney'in görüşü) Parantez içi eklenmiştir.

⁴⁷ Yamada, *op. cit.*, s.113.

⁴⁸ Moore, *op. cit.*, s.433, Mr. *Trumbull*'ın görüşü, *Ago Raporu*, s.34.

⁴⁹ *Ibid.*

- 2- Bu zaruret tüm kanunların üstündedir, mal ve hak arasındaki ayrımı ortadan kaldırır ve başkalarına ait olan şeylere el koymayı ve kendi kullanımına tahsis etmeyi meşru kılar. Kararda kullanılan dil oldukça genel olmasına rağmen, mal üzerine yapılan vurgudan belki karşı konulamaz ve mutlak bir zaruret halinde göz ardı edilebilecek hakların esasen başkalarının mülkiyete ilişkin hakları olduğu anlamı çıkarılabilir.
- 3- Devletin esas varlığının tehlikede olması bakımından zaruret, “mutlak” olmalıdır.
- 4- Zaruret “karşı konulamaz” olmalıdır, öyle ki kendini korumanın tüm meşru yolları tüketilmiş ve faydasının olmadığı kanıtlanmış olmalıdır.
- 5- Zaruret gerçek olmalıdır ve yalnızca olmasından endişe duyulan bir şey olmamalıdır.
- 6- Belirli bir davada yukarıdaki koşulların sağlanıp sağlanmadığı, yargısal incelemeye has bir konudur. Eğer koşullar sağlanmamışsa, eylem hukuka aykırı sayılacaktır ve zararlar hukuka aykırı eylemlerin onarımını düzenleyen prensipler doğrultusunda tespit edilecektir.⁵⁰

Neptün kararındaki Grotius bakış açısını yansıtan zaruret kavramı ile çağdaş yargısal organlarının görüşlerinde karşılaştığımız zaruret kavramı arasındaki en önemli farklar, artık zaruretin bir hak olarak değerlendirilmemesi ve meşru bir zaruret için devletin esas varlığının tehlikede olması anlamına gelen kendini koruma durumuyla bir bağlantının gerekmemesidir.⁵¹

(2) *Cheng*'in İncelediği Diğer Davalar

Faber Davası'nda verilen karar (1903) ise Neptün Davası'nın tam zıddı özellikler gösterir. Almanya ve Venezüella arasındaki Faber davasında uyuşmazlık, Catatumbo nehrinin bir kolu olan Zulia Nehri'ne ilişkindir. Bir Alman olan Faber'in

⁵⁰ Cheng, **op. cit.**, s.71, Boed, **op. cit.**, s. 9

⁵¹ Boed, **op. cit.**, s. 9-10

ikamet ettiği ve işyerinin olduğu yer Kolombiya'dır. Venezüella 1900-1903 yılları arasında Zulia ve Catatumbo nehirlerindeki ulaşımı askıya alır. Bunun üzerine Almanya Kolombiya'da yaşayan Alman denizcilerin Venezüella'nın bu kararından zarar gördüğünü öne sürerek Venezüella'dan bu iki nehir üzerinde yeniden ulaşım izin vermesini ister. 13 Şubat 1903 tarihli Washington Protokolü ile Almanya ve Venezüella uyuşmazlığın çözümü için bir Karma Komisyon kurmuştur.⁵²

Komisyon'un Alman üyesi şu görüşteydi: "Bir nehir veya nehrin bir parçası ulaşım için tek yolu oluşturduğunda, başka bir milletin varlığını sürdürülebilmesi için zaruri olduğunda, nehrin kullanımı bütünüyle yasaklanamaz."⁵³

Ancak hakem mahkemesi şu karara varmıştır:

"Bir kişinin başka birine ait eşyayı kullanması ona özel bir fayda sağlayacağı için böyle bir kullanımı bir hak olarak talep edebilmesi, kesinlikle tuhaf bir öneridir. Bireyin hakları onun istek ve ihtiyaçları tarafından yaratılmaz ve belirlenmez. Başka birine ait ekmeği hakkı olmaksızın alan aç bir adam, davranışının gerekçesine bakıldığında oldukça önemsiz bir ahlaki kötülüğe sahip olmasına rağmen, hukuken bir hırsızdan aşağı değildir. Bireylerin istek veya ihtiyaçları onlar için hukuken bir hak yaratamaz veya diğerlerinin sahip olduğu hakları ihlal edemez..."⁵⁴

Farklı milletlerarası mahkemeler sözleşme yükümlülükleri ile bağlantılı olarak zaruret haline ilişkin kuralları detaylandırmıştır. Cheng'in Neptün davasından çıkardığı kurallar bu kurallara da uyum sağlamaktadır.⁵⁵

Bu davalardan biri de MDAD tarafından görülen *Oscar Chinn* (1934) davasıdır.⁵⁶ Yargıç Anzilotti bağımsız görüş yazısında "Zaruret milletlerarası yükümlülüklere uyulmamasına mazeret oluşturur."⁵⁷ demiştir.

⁵²"Sources of International Water Law", FAO Legislative Study 65, (Çevrimiçi)
<http://www.fao.org/docrep/005/w9549e/w9549e00.htm#Contents>, 19.06.2013.

⁵³ Cheng, *op. cit.*, s.69

⁵⁴*Ibid.*

⁵⁵*Ibid.*s.71

⁵⁶ 1934 tarihli *Oscar Chinn davası*, *The Oscar Chinn Case*, Judgment, PCIJ, Ser. A/B No.63. Bu davaya *Ago Raporu* s. 30-31, *MHK Raporu (1980)*, s.41'de atf yapılmıştır. 1930-1931 yıllarındaki bütün dünyayı etkileyen ekonomik bunalım nedeniyle Belçika Kongosu'nda ticaret zarar görmüş ve Belçika gümrük vergisinde değişiklik yapmıştır. Birleşik Krallık vatandaşı Oscar Chinn'in alınan bu

Cheng'e göre andlaşma yükümlülüklerine ilişkin olarak bir zaruret halinin mevcut olması andlaşmanın uygulanmasını imkansız kılan durumlar (objektif ya da subjektif imkansızlık) ile aynı şeydir.⁵⁸ *Serbian and Brazilian Loans* davalarında⁵⁹ MDAD andlaşmanın uygulanmasının objektif ve subjektif imkansızlığı hallerini mücbir sebep (*force majeure*) başlığı altında toplamıştır.⁶⁰ *Osmanlı-Rus Savaş Zarar Giderimi Davasında* (1912), Sürekli Hakem Mahkemesi ilkesel olarak mücbir sebebin bir andlaşmanın uygulanmasını imkansız kılabileceğini kabul etmiş; ancak Osmanlı İmparatorluğu'nun ileri sürdüğü borçları ödemesinin iç ve dış durumunu ağır biçimde tehlikeye sokacağı iddiasını kabul etmemiş ve sonuçta bu durumu mücbir sebep olarak değerlendirmemiştir.⁶¹

(3) Cheng'in Neptün Kararına Dayanarak Tespit Ettiği İlkeler ile Ago'nun Zaruret Hali Arasındaki Benzerlikler

Cheng'in kendini korumayı hak olarak niteleyen doğal hukuk görüşünün aksine yaptığı çıkarımlar kanımızca son derece önemlidir. Yukarıda alıntıladığımız kararda mahkemenin “*bireyin hakları onun istek ve ihtiyaçları tarafından yaratılamaz ve belirlenemez.*” ifadesine vurgu yapan yazar, bu nedenle kendini korumanın bir hak olarak nitelenemeyeceğini ancak bir mazeret olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir. MHK Özel Raportörü Ago da doğal hukukçuların bu görüşünü eleştirmekte, kavrama bir hak niteliği tanınmasının sakıncalarını

önlemlerden zarar gördüğünü öne sürerek uyumsuzluğu MDAD önüne getirmiştir. Divan Belçika'nın Birleşik Krallık'a karşı herhangi bir yükümlüğünü ihlal etmediğini belirterek Birleşik Krallık'ın iddialarını reddetmiştir. Ancak karşı görüş yazısı sunan yargıç Anzilotti'ye göre eğer Belçika hükümeti zaruret hali kavramına başvursaydı, Divan böyle bir ekonomik krizin zaruret hali oluşturan ağır ve yakın bir tehlike olmadığına hükmedeceğinden eylemi hukuka aykırı olacaktı.

⁵⁷Oscar Chinn davası, s.113.

⁵⁸Cheng, **op. cit.**, s.72

⁵⁹*Payment of various Serbian loans issued in France*, Judgment, PCIJ, Ser.C No.16/3, *Payment in gold of the Brazilian Federal Loans issued in France*, Judgment, PCIJ, Ser.C No.16/4. Fransız hükümetine olan borçlarını ödemeyen devletler buna neden olarak I. Dünya Savaşı'nın yol açtığı ekonomik kriz dahil olmak üzere pek çok durumu öne sürmüştür. Bu ekonomik krizin bir mücbir sebep oluşturduğu ve yükümlülükleri bertaraf ettiği iddialarını değerlendiren Divan bu iddiaları reddetmiş ve devletin borcunu ödeme yükümlülüğünün ortadan kalkmadığına hükmetmiştir.

⁶⁰Cheng, **op. cit.**, s.72.

⁶¹Pazarcı, **op. cit.**, s.101

belirtmekte ve Cheng'in zaruret halinde bir hak ile menfaatin çatıştığını tespit eden düşüncesini desteklemektedir. Kanımızca Ago, Devletin Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler⁶²(bundan sonra "**Taslak Maddeler**") kapsamında zaruret haline ilişkin ilkeleri belirlerken Cheng'in Neptün kararından yola çıkarak saptadığı ilkeleri esas almış ve bunlara eklemeler yaparak doktrini geliştirmiştir:

Zaruret Halinin Hukuki Niteliği:

a.Cheng: *"Kendini koruma zorunluluğu aksi halde hukuka aykırı olan bir eylemi meşru kılar ve ona bir mazeret oluşturur, onu normalde bu tür eylemlere bağlanan hukuki sonuçlardan muaf tutar."*⁶³

Bu ifade açık bir biçimde zaruret halinin bir hak değil mazeret olduğunu ortaya koymaktadır. Böylece kavramın hukuki niteliği "mazeret" olarak belirlenmektedir:

*"Ancak (kendini koruma) filin işlenmesini bir hak meselesi haline dönüştürmez."*⁶⁴

b.Taslak Madde 25: Ago da Taslak Maddeler'de zaruret halini, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlardan biri, yani bir mazeret sebebi olarak düzenlemiştir:

*Zaruret hali bir devlet tarafından ... eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmak için eylem şu şartları taşımadıkça bir gerekçe olarak ileri sürülemez:..."*⁶⁵

- Çatışan Unsurlar ve Bunlar Arasında Denge Sağlanması :

Tarihsel olarak bir zaruret durumunda karşı karşıya gelen, birbiriyle çatışan unsurların hukuki niteliği konusunda farklı görüşler öne sürülmüştür. Bunlardan biri zaruret halinde, zarurete başvuran devletin kendini koruma hakkı ile yükümlü olduğu

⁶²Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 53rd Session of the ILC (2001), UN Doc. A/56/10. Bkz. James Crawford, **The International Law Commission's Articles on State Responsibility – Introduction, Text and Commentaries**, Cambridge University Press, 2002, s. 61 vd. (Bundan sonra "**ILC Commentaries**" olarak anılacaktır.) Maddelerin Türkçe'ye çevirisi için bkz. İbrahim Kaya, **Uluslararası Hukukta Temel Belgeler**, Seçkin Yay., Şubat 2013, s.346 vd.

⁶³ Cheng, **op. cit.**, s.74

⁶⁴**Ibid.** Parantez içi eklenmiştir.

⁶⁵Kaya, **op. cit.**, s.354. Taslak madde 25/I

devletin bu yükümlülüğün yerine getirilmesini isteme şeklindeki subjektif hakkının karşı karşıya geldiğidir. Bu görüşe göre, bu haklardan biri önem derecesine göre diğerine feda edilmektedir. Bir diğer görüş ise zarurete başvuran devlete ait bir menfaat ile yükümlü olunan devletin subjektif hakkının çatıştığını öne sürmektedir.

a.Cheng: “*Bu (durum) aslında çatışan çıkarların önemi hakkında büyük bir ihtilaftır, öyle ki sadece biri normalde her ikisine de verilen hukuki korumanın tersine dönmesini meşru kılar, böylece toplumsal açıdan önemli olan bir çıkar objektif olarak daha az önemli olan bir hakka saygı adına feda edilmez.*”⁶⁶

Ayrıca “*Her durumda, çatışan çıkarların karşılaştırılması zaruri görünmektedir. Hiçbir olayda bir devletin varlığını korumak adına başka bir devletin varlığını tehlikeye atmak meşru kabul edilemez.*”⁶⁷

Görüldüğü gibi Cheng zaruret halinde devletlerin menfaatleri arasında, ve daha doğrusu bu menfaatlerin önem dereceleri arasında bir çatışma olduğunu savunmaktadır. Bu düşünce Taslak madde 25’te de aynı biçimiyle yer almaktadır:

b.Taslak madde 25 : Eylem “*bir devlet tarafından ağır ve yakın tehlikeye karşı temel bir çıkarı korumanın tek yolu olmalı*”⁶⁸ ve “*Yükümlülüğün kendilerine karşı olduğu devlet ya da devletlerin ya da uluslararası camianın bir bütün olarak temel bir çıkarını ciddi olarak zedelememelidir.*”⁶⁹

Çatışan menfaatler arasında bir karşılaştırma yapılarak bunlar arasında denge gözetilmesi, bugün için de zaruret halini olaya uygularken gözetilmesi gereken ilkelerden biridir. Bu nedenle çalışmamızın ikinci bölümünde zaruret halinin şartları ve somut olaya uygulanışı incelenirken dengeleme ilkesine de yer verilecektir. Yükümlü olunan devlet/devletlerin veya milletlerarası topluluğun temel bir çıkarı ihlal edilerek zaruret haline başvurulamaz. Temel bir çıkarı korumak adına başka devletlerin temel bir çıkarı zarara uğratılamaz. Eğer uğratılırsa artık devlet

⁶⁶ Cheng, **op. cit.**, s.74

⁶⁷ **Ibid.**

⁶⁸ Kaya, **op. cit.**, s.354. Taslak madde 25/I-a

⁶⁹ **Ibid.** Taslak madde 25/I-b

milletlerarası yükümlülüğüne aykırı eyleminin zaruret hali nedeniyle hukuka aykırı olmadığını ileri süremeyecektir.

Kuşkusuz Taslak maddelerde bu ilkeler üzerine yeni ilkeler konmuştur; milletlerarası yükümlülüğün kendisi bir zaruret ileri sürme engeli taşıyorsa⁷⁰ ve zaruret halinin ortaya çıkmasına devlet katkıda bulunmuşsa⁷¹ hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durum olarak zaruretin ileri sürülemeyeceği ilkeleri gibi.

b. Kendini Koruma Çerçevesinde Meşru Müdafaa

Geçmişte kendini koruma prensibinin alt dalları olarak nitelendirilen ve burada incelediğimiz meşru müdafaa, karşı önlemler ve zaruret halinde amaç hep devletin varlığını korumaktır. Kanaatimizce bugün kendini koruma prensibine dayandırılmasa bile bu kavramların geçmişte aynı ilkenin görünüm biçimleri olarak değerlendirilmesi, işte tüm bu hallerde devletin kendi varlığını tehlikelerden koruma amacını gütmesinden kaynaklanır.

Meşru müdafaa da yine devletin kendi varlığını bir tehlikeden korumak için kuvvete başvurması demektir. Peki bu durumu diğer durumlardan ayıran, ona özel bir isim verilmesine neden olan tipik özellikler nelerdir? Öncelikle meşru müdafaa halinde tehlikenin yerini alan unsur “saldırı”dır. Bütünüyle teknik bir ifade olan meşru müdafaa'nın bu saldırı unsuru da teknik bir kavramdır.

Birleşmiş Milletler (BM) Şartı 51. maddesi meşru müdafaa'yı şu şekilde düzenler : *“Bu Antlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin muhafazası için gerekli tedbirleri alıncaya kadar, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru savunma hakkına hanel getirmez. Üyelerin bu meşru savunma hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen Güvenlik Konseyi'ne bildirilir ve Konsey'in işbu Antlaşma gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına*

⁷⁰Taslak madde 25/II-a

⁷¹Taslak madde 25/II-b

da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez.”⁷²

Maddede açıkça meşru müdafanın bir hak olduğu belirtilmektedir. Bu bakımdan meşru müdafaa zaruret halinden ayrılır. Ancak meşru müdafaa bir hak olmakla beraber Taslak Madde 21’de Birleşmiş Milletler Şartı’na atıfla, aynı zamanda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durum olarak düzenlenmiştir. Esasen bunun aksini düşünmek mümkün değildir. Hiçbir hukuk sisteminde hak olarak tanınan bir tasarrufun aynı zamanda hukuka aykırı kabul edilmesi söz konusu olamaz.

Cheng, meşru müdafaa hakkını kendi kendini koruma prensibi çerçevesinde bir milletlerarası hukuk prensibi olarak kategorize etmiştir. Buna göre kavram, devletin kendini koruması prensibinin ülke ötesinde uygulanmasının bir örneğini oluşturmuştur. Bu bakımdan tarihsel olarak zaruret hali ve mücbir sebep gibi hallerle yakın ilişki içerisindedir.

c. Kendini Koruma Çerçevesinde *Kuvvet Kullanarak Hakkını Elde Etme (Self-help)*

BM Şartı öncesi dönemde kendini koruma hakkı, meşru müdafaa hakkı, zaruret hali ve kuvvet kullanarak hakkını elde etme hakkı (*self-help*) birbiri yerine kullanılan kavramlar olmuştur. Bugün için milletlerarası hukukta meşru müdafaa hakkı mevcut olmakla birlikte, kuvvet kullanma yasağı nedeniyle kuvvet kullanarak hakkını elde etme hakkının varlığından söz etmek mümkün değildir. Ancak milletlerarası hukuka uyulmasını sağlama yollarından biri olan ve belirli koşullara dayanan misillemeden (ya da zararlar karşılıktan) bahsedilebilir. Misilleme barış zamanında yasak olmakla birlikte, savaş hukuku kurallarının ihlal edilmesi halinde

⁷²Aslan Gündüz, **Milletlerarası Hukuk**, ed. by. Reşat Volkan Günel, 6. Bs., İstanbul, Beta yay., 2013, s.118.

bu hukuka aykırı eyleme karşı uygulanan ve hukuka uygun kabul edilen zorlayıcı tedbirdir.⁷³

Kuvvet kullanma ve savaşa başvurma yasağının henüz var olmadığı dönemde kendini koruma prensibi çerçevesinde kuvvet kullanarak hakkını elde etme hakkı mevcuttu, ancak bu hak yine sınırsız bir hak olmayıp kullanılması belirli şartlara bağlanmıştır. Bu dönemin misillemeye dair kurallarının bir çoğu kuvvet kullanımını içermesi haricinde bugün geçerliliğini korumaktadır. Ancak zor kullanarak hakkını elde etme BM Şartı'nın temel felsefesine aykırıdır.⁷⁴

Meşru müdafaaı kuvvet kullanarak hak elde edilmesinden ayıran unsurlar zorunluluk ve nisbilik şartıdır.⁷⁵ Zorunluluk şartı aynı zamanda aniliği içerir ve anilik geçmişte gerçekleşen ihlallere karşı misilleme niteliğinde bir fiilin gerçekleşmesini engeller.⁷⁶ Nisbilik yani orantılılık şartına göre ise meşru müdafaa saldırının durdurulması ve önlenmesi amacıyla orantılı olmalıdır. Bu bakımdan kendi kuvveti ile hakkını elde etmek ve misillemede olduğu gibi ihlalin cezalandırılması veya zararın tamiri fonksiyonunu taşımaz.⁷⁷

II. *Roberto Ago*'nun Temel Çıkara Dayanan Modern Zaruret Hali Doktrini

A. Kendini Koruma Hakkına Yöneltilen Eleştiriler ve Bu Kavramın Terk Edilmesi

Cheng'in (1953) kendini koruma yahut zaruret halini bir milletlerarası hukuk genel prensibi olarak kabul etmesi ve MAD Statüsü 38. maddesi bağlamında resmi kaynak olduğunu öne sürmesine rağmen, birçok yazar bu düşünceye karşı çıkmıştır. Özellikle Birinci Dünya Savaşı'dan sonra zaruret halinin kendini koruma ile birlikte değerlendirilmesine karşı çıkılmasının nedeni kavramın kötüye kullanmaya son

⁷³ Ayşe Nur Tütüncü, **İnsancıl Hukuka Giriş**, İstanbul, Beta yay., 2. Bs., 2012, s.155.

⁷⁴ Sevin Toluner, **Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk**, İstanbul Üniversitesi yay. No:2309, 1977, s.174

⁷⁵ **Ibid.**

⁷⁶ **Ibid.**s.150

⁷⁷ **Ibid.**s. 151

derece açık olmasıdır. Kendini koruma prensibinin zaruret halini bu kötüye kullanmaya karşı korumakta yetersiz olduğu yaygın kanaattir.

Kendini koruma prensibi başlı başına eleştirilmekte ve milletlerarası hukuka karşı bir tehdit olarak görülmektedir. *Waldock* (1952) zarureti “hukukun reddi” olarak değerlendirmiştir.⁷⁸ Henüz 1921 yılında *Stowell* ise şöyle bir eleştiri getirmiştir : “Bu zaruret doktrini milletlerarası toplumu kökünden sarsmaktadır ve tek tek devletlerin korumasına devletler topluluğunun korunmasından daha fazla önem vermektedir.”⁷⁹ *Schwarzenberger*’e göre ise, eğer kendini koruma mutlak ve diğer hakları çiğneyen bir hak olsaydı, milletlerarası hukukun geri kalanı ihtiyari olacaktı.⁸⁰ Ona göre hukukçuların zaruret ile kendini koruma arasında bağlantı kurmalarının hukuki bir temeli yoktur, bağlantı kurmalarının nedeni yalnızca psikolojiktir.

1963’te *Brierly*, *Brownlie* ve *Higgins* kitaplarında çağdaş zaruret hali kavramının kendini koruma prensibinden ayrılmasını desteklemişlerdir: “[kendini koruma/zaruret] doktrini her hukuk sistemine uygulandığında onun emredici karakterini yok edecektir, bu da hukuka uyulması yükümlülüğünü yalnızca koşullara bağlı kılacaktır.”⁸¹ *Brownlie* zarureti eski olmakla, devletin yüksek çıkarının (*raison d’etat*) farklı bir kılıfa bürünmüş hali olmakla ve kötüye kullanılmaya eğilimli olmakla eleştirmektedir.⁸² *Higgins* ‘zaruretin belirli sınırlar içerisinde tutulamayacak bir kavram’ olduğunu belirtmektedir.⁸³ *Aréchaga*, Cheng’in genel prensip tezine en açık şekilde karşı çıkan kişidir. Ona göre zaruret savunmasına izin veren bir genel prensip milletlerarası hukukta mevcut değildir.⁸⁴

⁷⁸ C.H.M. Waldock, *The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law*, **RDC**, Vol. 81, 1952, s. 461-62 .

⁷⁹ Ellery C. Stowell, **Intervention in International Law**, Washington D. C., JohnBryne & Co., 1921, s. 392-93

⁸⁰ Schwarzenberger, **op. cit.** , s.195

⁸¹ James Leslie Brierly, **The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace**, Ed. By. Sir Humphrey Waldock, 6th ed., Oxford The Clarendon Press, 1963, s.404.

⁸² Ian Brownlie, **International Law and the Use of Force by States**, Oxford University Press, 1963, s.42-49.

⁸³ Rosalyn Higgins, **The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations**, Oxford University Press, 1963, s. 218 .

⁸⁴ Eduardo Jiménez de Aréchaga, “International Responsibility”, **Manual of Public International Law**, Ed. By. Max Sorensen, St. Martin’s Press, 1968, s. 542.

İşte tüm bu hususlar 1980’de Roberto Ago “hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlar” üzerine kapsamlı çalışmasını yapana dek doktrinde geniş biçimde tartışılmakta ve eleştiri almaktaydı. Bunun üzerine zaruret sınırlı bir doktrin haline getirilmiş ve tüm hakların üzerinde kabul edilen kendini koruma hakkından ayrılmıştır. Daha önce belirttiğimiz üzere bazı yazarlar zaten ikisi arasında bağlantı kurulmasını baştan beri kabul etmemiştir. Ancak Ago ve sonrasında onun görüşleri çerçevesinde oluşturulan Taslak Maddeler (2001) ile bu bağlantının kurulduğu son görüşlerin izleri de ortadan kaldırılmıştır.

Ago’ya göre milletlerarası hukukçular iki yanlışa düşmüşlerdir: (1) Zaruret halini kendini koruma hakkına bağlamak (2) Zaruret halini iki hak arasında meydana gelen çatışma olarak görmek.⁸⁵ Ago zaruret halinde eylemin kategorik olarak hukuka uygun, dahası bir hak olduğu düşüncesindense eylemin hukuka aykırılığının ortadan kaldırılması düşüncesi üzerine doktrinini kurmuştur. Ago zaruret hali, kendini koruma ve hak kavramlarını birbirine karıştıran önceki yazarları ve Anzilotti’yi zaruret kavramı ile kendini koruma arasında kurduğu bağlantı nedeniyle ciddi şekilde eleştirmektedir: “*Anzilotti gibi devletlerin temel hakları teorisinin eleştirilmesi ve terk edilmesinde etkili katkıları olmuş bir yazar bile, zaruret eyleminin hukuka uygunluğunu, hukukun kişilere ‘kendilerini koruma’ izni verdiği şeklindeki özgürlüğe dayandırmayı sürdürmüştür.*”⁸⁶

Yukarıda sözünü ettiğimiz yazarların görüşlerine paralel şekilde 1988 yılında *Philip Allot* şöyle yazmıştır: “Ortak deneyimlerimiz arasından çıkan en açık ders zaruret hali kavramının gerçek bir insan toplumunun en ısrarcı ve korkunç düşmanı olduğudur.”⁸⁷ ve bu kavram “herhangi bir milletlerarası, hukukun üstünlüğü ihtimalini yok etmek için yeterlidir.”⁸⁸

B. Roberto Ago’nun Modern Zaruret Hali Doktrini

⁸⁵ *Ago Raporu*, s.16-17.

⁸⁶ *Ago Raporu*, s.16 dipnot 10.

⁸⁷ Philip Allott, “State Responsibility and the Unmaking of International Law”, **Harv. Int’l L.J.**, Vol.29, No.1, s.17.

⁸⁸ **Ibid.**, s.21

MHK 1949 yılındaki ilk oturumunda kodifikasyon gerektiren konular listesine devletin sorumluluğunu kaydetmiştir. BM Genel Kurulu ise 1953 yılında aldığı 799 (XII) sayılı kararı ile Komisyon'dan devletin sorumluluğunun ilkelerini tespit etmesini istemiştir. Komisyonun atadığı ilk özel raportör *Garcia Amador* olmakla birlikte, Amador'un görüşleri Genel Kurul'da pek rağbet görmemiş hatta şiddetli eleştirilere uğramıştır.⁸⁹ Amador'dan sonra atanan ve daha sonra MAD yargıcı olarak da çalışmış olan özel raportör Roberto Ago'nun çalışmaları ve görüşleri 2001 yılında kabul edilen Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler'in temelini teşkil etmektedir.

1969-1979 yılları arasında Komisyon'a sekiz rapor sunan Roberto Ago'nun sekizinci raporu⁹⁰ zaruret hali ve meşru müdafaaya ilişkindir. Ago'nun oldukça kapsamlı olan bu çalışması, Taslak Maddeler'i hazırlayanların da benimsediği modern zaruret doktrininin içeriğine ilişkin önemli açıklamalar getirmektedir.

Ago, o güne dek kendini koruma ve zaruret halini hak olarak değerlendiren doktrini reddetmekte ve eleştirmektedir. Ago'ya göre, ilk olarak daha önce bu alanda baskın olmuş doğal hukuk kavramlarının kalıntıları temizlenmelidir. Zaruret halinde, birinin muhakkak diğerine feda edilmesi gereken iki subjektif hak karşı karşıya gelmemektedir. Ago'ya göre söz konusu düşünce 19. yüzyılda devletin “var olma hakkı” (*right to exist*) ya da “kendini koruma hakkı” şeklinde tanımlanan temel haklara sahip olduğu inancıyla doğmuştur ve bazı yazarlarca tabiatı gereği diğer devletlerin tüm haklarından üstün olan temel bir subjektif hak olarak nitelendirilmiştir.⁹¹ Hatta bu düşünce 20. yüzyılın erken dönemlerinde de taraftar bulmuştur.⁹²

⁸⁹Hakkı Hakan Erkiner, **Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu**, İstanbul, Oniki Levha Yay., 2010, s.94

⁹⁰*Ago Raporu* adıyla andığımız dipnot 15'te geçen rapor.

⁹¹*Ago Raporu*, s.16

⁹²Amos Shartle Hershey, **The Essentials of International Public Law and Organisation**, New York, The Macmillan Company, 1919, s. 144, Charles G. Fenwick, **International Law**.London, Allen and Unwin, 1924, s. 142.

Ago'ya göre Devletlerin temel hakları teorisi, milletlerarası hukuk gerçeğinde hiçbir temeli olmayan salt soyut bir tartışmanın ürünüydü ve çağdışı kaldı; özellikle kendini korumahakkı tamamıyla terk edildi.⁹³

Milletlerarası yargısal organlar da bir devletin zaruret sebebiyle yükümlülüğünü yerine getirmemesini mazeret olarak tanıyan kararlar vermiştir. Konuya ilişkin önemli örneklerden biri *Neptün davası*(1797). Bu davayı yukarıda incelemiştik.⁹⁴

İşte bu karardaki Grotius bakış açısını yansıtan zaruret kavramı ile çağdaş yargısal organlarının görüşlerinde karşılaştığımız zaruret kavramı arasındaki en önemli farklar, artık zaruretin bir hak olarak değerlendirilmemesi ve meşru bir zaruret için devletin esas varlığının tehlikede olması anlamına gelen kendini koruma durumuyla bir bağlantının gerekmemesidir.⁹⁵

Yargısal kararlarda Devletin esas varlığının tehlikede olması ve zaruret hali arasında kurulan bu bağlantı, daha sonraları yerini zaruretin “temel çıkarlar”ı (*essential interests*) kapsayan bir kavram olarak değerlendirilmesine bırakmıştır.

MHK 18 Mart 1967’de meydana gelen *Torrey Canyon* kazasını bu şekilde değerlendirmiştir. Torrey Canyon isimli 117 bin ton ham petrol taşıyan Liberya bandıralı tanker, İngiltere’nin Cornwall kıyılarında, ancak İngiltere karasuları dışında karaya oturmuştur. Petrol, gemide oluşan bir delikten denize sızmaya başlayarak İngiliz kıyılarını tehdit eder hale gelmiştir. İlk iki gün içinde 30 bin ton ham petrol denize karışmıştır.⁹⁶

İngiliz hükümeti denizin yüzeyinde biriken petrolü temizlemek için deterjan kullanımı dahil olmak üzere çeşitli yollara başvurmuş; ancak sonuç alınamamıştır. Zaten asıl sorun gemide kalan petroldür. Bu petrolün yayılmaya devam etmesini önlemek için gemi sahibi devreye girmiştir: Tankeri tekrar yüzdürerek yedeğine almak ve kayalık olan bu alanın dışına çıkarabilmek için bir kurtarma ve yardım

⁹³ *Ago raporu* s. 16 para.7, bkz. Boed, **op. cit.**, s.7

⁹⁴ **Bkz.** yuk. s.14 vd.

⁹⁵ Boed, **op. cit.**, s. 9-10.

⁹⁶ Crawford, **ILC Commentaries**, s.181, para.9

şirketi ile anlaşmıştır. Ancak 26-27 Mart'ta tankerin üç parçaya ayrılması sebebiyle 30 bin petrol daha denize karışmış ve kurtarıcı şirket operasyonu bırakmıştır. Bunun üzerine İngiliz hükümeti kalan petrolü yakarak yok etmek için gemiyi bombalamaya karar vermiştir. Bombalama 28 Mart'ta başlamış ve neredeyse bütün petrolü yakmakta başarılı olmuştur. İngiliz hükümetinin bu eylemi ilgili özel taraflar ya da hükümetleri tarafından gelebilecek herhangi bir protestoya yol açmamıştır.⁹⁷

Bu olayda, petrol sızıntısının Büyük Britanya'nın esas varlığına karşı bir tehdit oluşturmadığı açıktır. Bunun yerine sızıntı, devletin menfaatlerinden birini; deniz ve kıyı çevresinin korunmasını tehdit etmektedir.⁹⁸

MHK zaruret halinin düzenlendiği taslak madde⁹⁹ hakkındaki raporunda İngiliz hükümetinin *Torrey Canyon* olayındaki eylemine ilişkin şu yorumu yapmaktadır:

*“İngiliz hükümetinin eylemini meşrulaştıracak herhangi başka bir başka sebep söz konusu olabileceği gibi, Komisyon'a göre gemi sahibi gemi enkazını terk etmeseydi ve yok edilmesine karşı çıkmayı deneseydi bile, İngiliz hükümetinin eylemi zaruret hali nedeniyle milletlerarası açıdan meşru kabul edilmek zorundaydı.”*¹⁰⁰

MHK'nin bu değerlendirmesine baktığımızda, artık zaruret kavramının devletin esas varlığının tehlikede olması şartına bağlanmadığını, “çevresel zaruret” gibi bir zaruret halinin tanındığını ve böylece “Devletin temel bir çıkarının tehdit edilmesi” biçiminde çok daha geniş bir zaruret doktrininin kabul edildiğini görmekteyiz.¹⁰¹

⁹⁷ Ayşe Nur Tütüncü, **Gemi Kaynaklı Deniz Kirlenmesinin Önlenmesi, Azaltılması ve Kontrol Altına Alınmasında Devletin Yetkisi**, 3. bs., İstanbul, Beta Yay., s. 137,138, Bkz. *Ago raporu*, s. 28, ayrıca *MHK raporu (1980)*, s.26-34.

⁹⁸ Boed, **op. cit.**, s.11

⁹⁹ Raporun kabul edildiği yıl olan 1980'de zaruret haline ilişkin taslak madde 33. maddedir; ancak yapılan değişiklikler neticesinde zaruret hali 2001 yılında kabul edilen Taslak Maddelerde 25. maddede düzenlenmiştir.

¹⁰⁰ *MHK Raporu (1980)*, s.39, para.15.

¹⁰¹ Boed, **op. cit.**, s.11

Bu noktada *Gabcikovo-Nagymaros Projesi Davası*'na değinmekte yarar vardır.¹⁰² 1997'deki Gabcikovo-Nagymaros Projesi davasında aldığı kararda Milletlerarası Adalet Divanı “esaslı menfaatin tehdit edilmesi”ne vurgu yapmaktadır. Söz konusu uyuşmazlık Macaristan ve Çekoslovakya arasında yapılması kararlaştırılan bir projeye ilişkindir. Tarafların 1997 yılında yaptıkları andlaşmaya göre Tuna nehrinin iki devlet arasında sınır oluşturan bölümü üzerinde elektrik üretmek, nehir ulaşımını geliştirmek ve su baskınlarına karşı korunmak amacıyla üç baraj ve ek tesisler yapılması kararlaştırılmıştı. Ancak projenin uygulanmaya başlamasından bir süre sonra Macaristan projenin bölgede çevreye karşı ağır risklere yol açtığını ve Budapeşte'ye su sağlanmasını tehdit ettiğini öne sürerek projeyi önce askıya almış, sonra da durdurmuştur. 1992 yılında tek taraflı bildirimle andlaşmanın sona erdiğini açıklamıştır. Çekoslovakya uyuşmazlığı MAD önüne götürmüştür. Macaristan'ın andlaşmadan kaynaklanan milletlerarası yükümlülükleri ihlal etmiş olduğu iddiasına karşı temel savunusu “ekolojik zaruret” halinin varlığıdır. Dava sonunda Divan, Macaristan'ın durumunun zaruret haline ilişkin şartları karşılamadığını tespit etmiş, ancak “ekolojik felaket tehdidi”nin meşru bir zaruret hali oluşturabileceğini ilkesel olarak kabul etmiştir.¹⁰³ Bu nedenle Gabcikovo-Nagymaros Davası konumuz açısından büyük önemi haizdir.

Zaruret hali kavramının milletlerarası hukuk teori ve pratiğinde geçirdiği tarihsel süreç, MHK tarafından 2001 yılında kabul edilen Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler'e de yansımış, Komisyon zaruret haline ilişkin 25. maddeyi modern zaruret hali doktrinini esas alarak kabul etmiştir. İkinci bölümde sorumluluk hukukuna ilişkin genel bilgi verildikten sonra, 25. maddenin unsurları teker teker incelenecektir. Böylece modern zaruret halinin ne anlama geldiği açıklanmaya çalışılacaktır.

¹⁰²*Gabcikovo-Nagymaros Projesi Davası, Case Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project, Judgment, ICJ Reports 1997, s.7.*

¹⁰³Konuya ilişkin daha fazla bilgi için bkz. Tütüncü, **Deniz Kirliliği**, s.17-20, Güneş Şule Anlar, “Gabcikovo-Nagymaros Davası”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c.55, sa. 2, 2006, Yamada, **op. cit.**, s.143-146.

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI SORUMLULUK HUKUKUNDA ZARURET HALİ

I. Milletlerarası Sorumluluk Hukukunun Gelişimi

A. Milletlerarası Hukuk Komisyonu Çalışması Öncesi Dönem

Devletin milletlerarası sorumluluğu hukuku iki hukukçu, *Anzilotti* ve *Ago*'nun büyük ölçüde birbirine zıt düşünceleri çerçevesinde gelişmiştir.¹⁰⁴ İkinci Dünya Savaşı öncesinde Anzilotti'nin sorumluluğa ilişkin ilk esasları ortaya koyduğu kabul edilirken, savaş sonrası dönemde Ago'nun MHK'ye sunduğu raporlar büyük öneme sahip olmuştur.

Milletlerarası hukukta devletin haksız fillerinden sorumlu olacağı düşüncesi aslında Grotius'a dek geriye götürülebilir. Grotius'un milletlerarası hukukun pek çok konusunda olduğu gibi bu konuda da öncü niteliğinde görüşleri vardır :

*“Krallar ve krallara eşit hakları olan kimseler, yalnız kendilerine ya da uyruklarına karşı işlenmiş suçları değil, ayrıca – kendilerini doğrudan doğruya ilgilendirmese de – doğal hukuka ya da milletlerarası hukuka aşırı ölçüde aykırı düşen suçları –bu suçlar kime karşı işlenmiş olursa olsun- cezalandırma hakkına sahiptirler.”*¹⁰⁵

Anzilotti'nin *“Teoria generale della responsabilita dello Stato nel dritto internazionale”* (1902) isimli eseri ve *“le responsabilite internationale des Etats”* isimli makalesi devletin milletlerarası sorumluluğunun esaslarını ortaya koyan ilk kaynaklar olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁶ Zaruret halinin devletin milletlerarası sorumluluğu kapsamında bir kavram olması nedeniyle sorumluluğa ilişkin ilk düşüncelere göz gezdirmenin faydalı olacağı düşüncesindeyiz.

¹⁰⁴ Georg Nolte, “From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional Primacy of a Bilateral Conception of Inter-state Relations”, **European Journal of International Law (EJIL)**, Vol.13., No.5, s. 1083-1098, s.1083. Ayrıca bkz. Erkiner, **op. cit.**, s.81-82

¹⁰⁵ Grotius, **Savaş ve Barış Hukuku**, s.144.

¹⁰⁶ Nolte, **op. cit.**, s.1084.

Nolte, Anzilotti'nin eserlerini inceleyerek önemli çıkarımlarda bulunmuştur:

“ 1. Anzilotti çeşitli iç hukuk sistemlerinde benzerleri olan kavramlar arasında net ayrımlar yaparak milletlerarası hukuku çağdaşlarının gözünde gerçek bir pozitif hukuk dalı haline getirmiştir. Ayrıca sorumluluk hukukunu sorumluluğun uygulanması meselesinden de ayırmıştır.

2.Devletin sorumluluğu hukuku ile yükümlülüğün esas kaynağı olarak kabul edilen devletin egemenliği arasında bağlantı kurmuştur. Bu şu demektir: Madem ki devletler yalnızca rıza gösterdikleri yükümlülükler ile bağlıdırlar, öyleyse diğer devletlere tanıdıkları özel haklar ölçüsünde sorumlu olmalıdırlar.

3. Menfaat değil de subjektif bir hakkın ihlal edilmesi kuralında ısrar ederek politik meseleleri hukuktan ayırmıştır.

2. Gerçek kişilerin devletin sorumluluğu konusunun dışında tutması sorumluluk hukukunun siyasetin dışında kalmasını sağlamış ve iki taraflı hukuki ilişki ile sınırlamıştır.”¹⁰⁷

Anzilotti'nin sorumluluk düşüncesinin tipik özellikleri şu şekilde özetlenebilir: Anzilotti öncelikle devletin haksız fiillerinden kaynaklanan milletlerarası sorumluluğunu bir özel hukuk sorumluluğu olarak kabul eder. Yani devletin bir suç işlemesi ve bu suçundan ötürü cezai sorumluluğu söz konusu olamaz. Milletlerarası hukukun bir kuralının ihlali ihlalden zarar gören devletin onarım talebine yol açar, ihlalde bulunan devlet zararı onarmakla yükümlüdür. Bir devletin yalnızca subjektif bir hakkının ihlali sorumluluğa yol açar, yani bir menfaat ihlali durumunda sorumluluğa başvurulamaz. Kişilerin değil devletin fiilleri onun sorumluluğuna yol açar.

Anzilotti'nin düşüncelerini savunan bir yazar daha vardır: *Karl Strupp* 1920'de “*Das Völkerrechtliche Delikt*” isimli eserinde herhangi bir andlaşmanın ihlal edilmesinin temel norm olan *pacta sunt servanda*'nın ihlali olarak düşünmenin teorik olarak mümkün olduğunu ve dolayısıyla “devletler topluluğunun bütün üyelerine karşı bir ihlal” anlamına geleceğini belirtmiştir.¹⁰⁸

Strupp'un Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra milletlerarası hukukun ağır ihlallerine uygulanacak özel yaptırımlar düşünülmüş ve *erga omnes* yükümlülüklerin

¹⁰⁷Nolte, **op. cit.**, s.1087.

¹⁰⁸ Nolte, **op. cit.**, s. 1089.'dan naklen Karl Strupp, **Das Völkerrechtliche Delikt**, W. Kohlhammer, 1920, s. 9-11.

ihlaline bu özel yaptırımların uygulanması gerektiği savunulmuştur.¹⁰⁹ Bu bakış açısının en önemli örnekleri Versay Andlaşması ve Milletler Cemiyeti Kurucu Andlaşması'dır. Versay Andlaşması'na göre Almanya savaşı başlatıp yürüterek bir suç işlemiştir ve milletlerarası hukuka karşı işlediği suçlar nedeniyle Alman liderlerin yargılanması gerekir. Milletler Cemiyeti ise bir devletin andlaşma hükümlerine aykırı olarak savaşa başvurması halinde kolektif yaptırım uygulanması amacı ile kurulan ilk milletlerarası örgüttür. Milletlerarası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümü Hakkında Cenevre Protokolü (1924), savaşa başvurmanın tüm milletlerin buna karşı harekete geçmeye çağrıldığı bir suç olduğunu ilan etmektedir; ancak yürürlüğe girmemiştir. “Devlet suçu” kavramının gelişimi yanında bireylerin milletlerarası cezai sorumluluğu da gündeme gelmiştir ve bazı akademisyenler böyle bir yargı mekanizması kurulması üzerine çalışmışlardır.¹¹⁰

Ancak hakim görüş devletin egemen olduğu bu nedenle cezalandırılmayacağı, ancak bireysel hukuka aykırılıkların onarım ile giderilebileceği biçiminde olmuştur. Lauterpacht mantık, adalet ve uygulamaya dayanan bir bakış açısıyla bu düşünceye karşı çıkmıştır: Eğer devlet egemen olması nedeniyle cezai olarak sorumlu tutulmuyorsa, yine aynı gerekçeyle hiçbir tür sorumluluk altına giremeyeceği de ileri sürülebilir. Sorumluluğu “onarım” ile sınırlayarak ceza hukukunu yürürlükten kaldırmak adalete aykırıdır. Bu, devlet biçiminde örgütlenen bireylere işledikleri suçlara ilişkin olarak bir tür bağışıklık sağlamaktadır.

Lauterpacht'ın devletin sorumluluğuna ilişkin bakış açısı, İkinci Dünya Savaşından önce bir karşılık bulamamıştır.¹¹¹ Ancak 1939'da Lahey'de ilk dersini verdiği Ago, milletlerarası haksız fiillerin ihlal ettikleri hukuki değere göre sınıflandırılıp sınıflandırılmayacağı sorusunu sormuştur. Ago daha sonra, bu soruyu olumlu olarak cevaplayacak, haksız fiilleri ağırlıklarına göre ayırma tabi tutacak ve ihlal ettiği hukuki değer bakımından daha ağır olanların sonuçlarının diğerlerinden

¹⁰⁹ **Ibid.**s.1090

¹¹⁰ **Ibid.**

¹¹¹ **Ibid.**s.1093

farklı olması gerektiğini savunacaktır. Bu konuyu özel raportör olarak yaptığı çalışmalar kapsamında aşağıda inceleyeceğiz.

B. Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun Kodlaştırma Çalışmaları

1949'da "devletin sorumluluğu" konusunu kodlaştırılması gereken konular listesine on dört başlıktan on üçüncüsü olarak kaydeden MHK, 2001 yılında hazırladığı Taslak Maddeler ile bu uzun soluklu çalışmasını tamamlamıştır. Devletin sorumluluğu gibi devletler üzerine doğrudan yükümlülük yükleyen bir konunun esaslarının belirlenmesi elbette ki tartışmalar sonucunda olmuştur. Devletin hukuka aykırı eyleminin tanımlanması, bu eylemler arasında ağırlıklarına göre sınıflandırma yapılıp yapılamayacağı, devletin cezai olarak sorumlu tutulup tutulamayacağı, hukuka aykırı eylemin neticelerinin neler olacağı gibi pek çok konu üzerinde uzun çalışmalar sonucunda mutabakata varılabilmektedir.

Komisyon, 1955'teki 7. Oturumunda konuya özel ilk raportör olarak Garcia Amador'u atamıştır. 1956-1962 arasındaki dönemde yabancıların kişilik haklarına ve mallarına verilen zararlardan sorumluluk konusunda Amador altı rapor sunmuştur.¹¹² Amador döneminde, yani Komisyon'un 1956'dan 1961'e kadar olan çalışmalarında devletin sorumluluğuna ilişkin iki taraflı bir bakış açısının korunduğu görülür.¹¹³ İki taraflılık, sorumluluk ilişkisinin yalnızca haksız fiili işleyen devlet ile mağdur devlet arasında ikili bir ilişki olması demektir. Üçüncü bir devletin bu ilişkinin tarafı olabilmesi, sorumluluk ilişkisini çok taraflı yapar.

İncelemekte olduğumuz 2001 tarihli Taslak Maddeler'de sorumluluk devletlerarası bir ilişkidir. Ancak Amador'un bu konuda farklı görüşleri vardır. Buna göre, hukuka aykırı eylemin mağduru bir devlet olabileceği gibi bir gerçek kişi ya da

¹¹²Report of the *Special Rapporteur*, Mr. F.V. Garcia Amador, 8th Session of the ILC (1956), UN Doc. A/CN.4/96, Second Report of the *Special Rapporteur*, Mr. F.V. Garcia Amador, 9th Session of the ILC (1957), UN Doc. A/CN.4/106, Third Report of the *Special Rapporteur*, Mr. F.V. Garcia Amador, 10th Session of the ILC (1958), UN Doc. A/CN.4/111, Fourth Report of the *Special Rapporteur*, Mr. F.V. Garcia Amador, 11th Session of the ILC (1959), UN Doc. A/CN.4/119, Fifth Report of the *Special Rapporteur*, Mr. F.V. Garcia Amador, 12th Session of the ILC (1960), UN Doc. A/CN.4/125, Sixth Report of the *Special Rapporteur*, Mr. F.V. Garcia Amador, 13th Session of the ILC (1961), UN Doc. A/CN.4/134.

¹¹³ Erkiner, **op. cit.**, s.91-92

milletlerarası örgüt de olabilir.¹¹⁴ Bu durumda hukuka aykırı eylemin mağdur tarafına gerçek kişileri de koyduğu için örneğin yabancıların insan haklarının ihlal edilmesi durumunda mağdur kişiler doğrudan –devlete ihtiyaç duymaksızın- ihlal eden devletin sorumluluğuna başvurabilecektir.¹¹⁵ Yalnız bu ilişki, karşı tarafta gerçek kişi ya da bir milletlerarası örgüt de olsa ikili bir ilişki anlayışıdır. Yani doğrudan mağdur olan kişiden başkası devletin sorumluluğunu ileri süremez.

Amador ayrıca milletlerarası hukuka aykırı eylemlerin ağırlıklarına göre sınıflandırılabilceğini, bazı ağır ihlallerin cezai sorumluluğa, daha hafif nitelikte olanların ise yalnızca hukuki sorumluluğa yol açması gerektiğini savunmaktadır. Garcia Amador'un Maddeler Projesi 1960 ve 1961 yıllarında Genel Kurul'da şiddetle eleştirilmiş ve başarısızlığa uğramıştır.¹¹⁶ Yabancı gerçek kişilere devletin sorumluluğuna başvurabilme imkanı tanınmış olması kabul görmemiştir.

1963'te, Komisyon'un 15. oturumunda Roberto Ago'yu özel raportör olarak atanmıştır. Ago 1969-1979 arasında Komisyon'a sekiz rapor sunmuştur. Sorumluluk hukukunun ikincil kurallar olarak düzenlenmesine karar verilmiştir. Yani yükümlülüklerin kaynağını oluşturan kurallar birincil nitelikte kabul edilerek, bunlardan herhangi birini ihlal eden devlete ikincil nitelikte olan genel sorumluluk kuralları uygulanacaktır. Ago da Amador gibi milletlerarası hukuka aykırı eylemlerin ağırlıklarına göre sınıflandırılabilceğini düşünmektedir. Ago'nun raporları neticesinde Komisyon milletlerarası hukukun bazı ağır ihlallerinden ötürü milletlerarası topluluğun sorumluluğa başvurma yetkisine sahip olması gerektiğini kabul etmiştir.

Komisyon'un Ago'dan sonraki raportörü Willem Riphagen (1980-1986) ve daha sonra da Arangio-Ruiz (1988-1996) olmuştur. Bu raportörlerin çalışmalarının da katkısıyla belli bir aşamaya gelen tasarı, hükümetlerin görüşlerine sunulmuş ve James Crawford (1998-2000) özel raportör olarak atanarak ikinci tur görüşmelerin

¹¹⁴Report of the *Special Rapporteur*, Mr. F.V. Garcia Amador, 8th Session of the ILC (1956), UN Doc. A/CN.4/96, s.189-191, s. 197-200.

¹¹⁵*Ibid.* s.176-178.

¹¹⁶ Erkiner, *op. cit.*, s.93

yapılacağı bir çalışma grubu oluşturulmuştur.¹¹⁷ 2001’de ise Tasarı’nın ikinci tur incelemesi de tamamlanmıştır.

II. Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler

Taslak Maddeler dört kısım ve on bölüm halinde düzenlenmiş elli dokuz maddeden oluşur. Bölüm başlıkları şu şekilde düzenlenmiştir :

Birinci Kısım - Devletin Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemi:

- I. Genel İlkeler, II. Eylemin Devlete Yüklenmesi, III. Milletlerarası Yükümlülüğün İhlali, IV. Bir Devletin Başka Bir Devletin Eylemiyle İlgili Sorumluluğu, V. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Durumlar

İkinci Kısım – Devletin Milletlerarası Sorumluluğunun Kapsamı:

- I. Genel İlkeler, II. Zararın Onarımı, III. Milletlerarası Hukukun Emredici Normlarından Kaynaklanan Yükümlülüklerin Ciddi İhlali

Üçüncü Kısım – Devletin Milletlerarası Sorumluluğunun Uygulanması:

- I. Devletin Sorumluluğuna Başvurulması, II. Karşı Önlemler

Dördüncü Kısım – Genel Hükümler

Taslak Maddelerde düzenlenen, devletin hukuka aykırı eylemleri nedeniyle sorumluluğudur. Maddeler sorumluluğun koşullarını, sonuçlarını ve uyuşmazlıkların çözüm usulünü belirleme amacındadır;bu bakımdan hem genel hükümler hem de usul hükmü işlevi görürler.¹¹⁸Buna göre devlet kendisine yüklenebilen her milletlerarası hukuka aykırı eyleminden sorumlu olacaktır. Birinci madde sorumluluğun kaynağı olarak milletlerarası hukuka aykırı eyleme işaret ederken¹¹⁹,

¹¹⁷Report of the ILC on the work of its forty-ninth session(1997), UN Doc. A/52/10.

¹¹⁸Uzun, **op. cit.**, s.21.

¹¹⁹Kaya, **op. cit.**, s.346.Taslak madde 1.

ikinci madde hukuka aykırı eylemin unsurlarını sayar.¹²⁰ Buna göre devletin hukuka aykırı eyleminin iki unsuru vardır:

- (1) Eylemin milletlerarası hukuka göre devlete yüklenebilmesi
- (2) Eylemin devletin milletlerarası bir yükümlülüğünü ihlal etmesi

Bu iki koşul bir araya geldiğinde devletin sorumluluğunu doğuracak bir eylem söz konusu olur. İlk aşamada eylemin devlete yüklenip yüklenemeyeceği ve milletlerarası bir yükümlülüğü ihlal edip etmediği soruları cevaplanmalıdır.

Madde metninde örneğin Türk iç hukukunda haksız fiil sorumluluğunun koşullarından olan “kusur” unsuruna yer verilmemiştir. Kusur tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmakla birlikte, sorumluluğun şartlarından biri değildir. Sorumluluk kasdi yapılan eylemlerden ortaya çıkabileceği gibi, ihmalden dolayı da ortaya çıkabilmektedir.¹²¹

Aynı şekilde maddede “zarar” a ilişkin bir koşul da belirtilmemiştir. Milletlerarası hukukun emredici bir kuralının ağır ihlali halinde, bu ihlalden doğrudan zarar görmeyen milletlerarası topluluğun sorumluluğa başvurabilmesi (Taslak madde 40, 41) yönündeki değişim zararın bir şart olarak aranmasını imkansız hale getirmiştir.¹²² Bugün için bir hukuka aykırı eylemin sorumluluk doğurabilmesi için olayda kusur veya zarar bulunması şart değildir.

Taslak Maddeler’de hangi hallerde eylemin devlete yüklenebileceği düzenlenmiş ve milletlerarası yükümlülüğün ihlaline ilişkin kural ve ilkeler de belirlenmiştir.

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlar tüketici olarak sayılmıştır. Bunlar: Devletin rızası, meşru müdafaa, karşı önlem, mücbir sebep, tehlike ve çalışmamızın konusunu oluşturan zaruret halidir. Bu durumlara ve bunları

¹²⁰Taslak madde 2: “**Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Eyleminin Unsurları-** Fiil ya da ihmalden oluşan tasarruf

(a) uluslararası hukuka göre devlete yüklenebiliyorsa,
(b) devletin uluslararası bir yükümlülüğünün ihlalini teşkil ediyorsa,
Devletin uluslar arası hukuka aykırı eylemi söz konusudur.” **Ibid.**

¹²¹Yücel Acer, İbrahim Kaya, **Uluslararası Hukuk**, Ankara, USAK yay., 2010, s. 289

¹²²Uzun, **op. cit.**, s.35.

ilgilendiren diğerk bazı kurallara aşağıda zaruret hali incelenirken ayrıca değinilecektir.

Birinci kısım bu şekilde sorumluluğun doğması için gereken şartları belirleyip tanımlarken, İkinci kısım devletin sorumlu olduğu tespit edildikten sonra bunun sonuçlarının ne olacağını düzenler. Komisyon'a göre sorumluluğun doğması ile oluşan durum yeni bir hukuki durumdur.¹²³ Bu yeni hukuki durumun yarattığı sonuçlar da ikinci kısımda düzenlenmiştir: İhlal edilen yükümlülüğü yerine getirme ödevinin devam etmesi¹²⁴, ihlale son verme ve ihlali tekrar etmeme yükümlülüđü¹²⁵ ve onarım yükümlülüğü.¹²⁶

Milletlerarası hukuka aykırı bir eylemin gerçekteşmesi, eylemin ihlal ettiği milletlerarası yükümlülüğü etkilemez.¹²⁷ Sorumluluğun doğması ile her ne kadar yeni bir hukuki ilişki kuruluyor olsa da, bu önceki ilişkiyi ve dolayısıyla bu ilişkiden kaynaklanan yükümlülüğü ortadan kaldırmaz. Ayrıca sorumlu devlet eğer devam ediyorsa ihlale son vermek ve ihlalin tekrar edilmeyeceğine dair güvence sunmak zorundadır. Milletlerarası hukuka aykırı eylemi nedeni ile meydana gelen tüm zararı onarmak yükümlülüğü de sorumluluğun sonuçlarından biridir. Devlet iç hukuk hükümlerine dayanarak bu yükümlülükleri ile ilgili bir eksikliği haklı çıkaramaz.¹²⁸

Bazı hallerde ise devlet eylemi ile milletlerarası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğü ağır şekilde ihlal edebilir. İlgili maddede böyle bir ihlalin ne zaman ağır sayılacağı belirtilmiştir: Sorumlu devlet açık ve sistematik olarak yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınırsa ihlal ağır sayılır.¹²⁹ Esasen burada özel bir durum düzenlenmektedir. Bu durumda sorumluluğun özel bazı sonuçları olacaktır.¹³⁰ Devletler bu tür bir ihlale son vermek için işbirliği yapma yükümlülüğü altındadırlar. Ayrıca ihlalden kaynaklanan durumu tanımamak, buna yardım ve destekte bulunmamak yükümlülükleri vardır.

¹²³ Erkiner, **op. cit.**, s.184.

¹²⁴ Taslak madde 29

¹²⁵ Taslak madde 30

¹²⁶ Taslak madde 31

¹²⁷ Uzun, **op. cit.**, s.93.

¹²⁸ Taslak madde 32

¹²⁹ Taslak madde 40

¹³⁰ Taslak madde 41

Üçüncü kısım genel itibariyle usule ilişkin hükümler içerir : Birinci bölümünde hukuka aykırı davranan devletin sorumluluğuna hangi sujelerin başvurabileceği, başvuru yapılabilmesinin şartlarının ve kabul edilebilirlik koşullarının neler olduğu gibi sorulara cevap verir. İkinci bölümde ise karşı önlemlere yer verilmiştir. Karşı önlemlerin konusu, sınırları, şartları gibi hususlar burada düzenlenmiştir.

Dördüncü ve son kısım ise genel hükümlerden oluşur.

III. Zaruret Halinin Şartları

A. Genel Açıklama

Devletin sorumluluğunu 1949 yılındaki ilk oturumunda kodlaştırılması gereken konular listesine kaydeden MHK, 52 yıl üzerinde çalıştığı bu konuyu 2001 yılında kabul ettiği Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler ile bir milletlerarası metin haline getirmiştir. Bu maddeler devletin milletlerarası hukuka aykırı eyleminden kaynaklanan milletlerarası sorumluluğunu kapsamakta olup, devletin hukuka aykırı olmayan eylemlerinden dolayı sorumluluğu bu kapsamın dışındadır. Söz konusu maddeler içerisinde olan ve bu çalışmanın ana konusunu oluşturan zaruret hali 25. maddede kodlaştırılmıştır.

“Madde 25

Zaruret Hali

1. Zaruret hali, bir Devlet tarafından o Devletin uluslararası yükümlülüğü ile uyuşmayan bir eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmak için eylem şu şartları taşımadıkça bir gerekçe olarak öne sürülemez.

- a) Bir devlet tarafından ağır ve yakın tehlikeye karşı temel bir çıkarı korumanın tek yolu olmalı, ve
- b) Yükümlülüğün kendilerine karşı olduğu devlet ya da devletlerin ya da uluslararası camianın bir bütün olarak temel bir çıkarını ciddi olarak zedelememelidir.

2. Her halükarda,

- a)Eğer söz konusu uluslararası yükümlülük zaruret halinin öne sürülmesi olanağını dışlıyorsa; veya
- b)Devlet zaruret hali durumuna katkıda bulunmuşsa,

zaruret hali hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir gerekçe olarak öne sürülemez.”¹³¹

Devletin hukuka aykırı olaneyleminin zaruret hali nedeniyle hukuka aykırılığının ortadan kalktığı kabul edilebilmesi için maddede sayılan şartların her birinin olayda birlikte bulunması zorunludur. Yani bu şartlardan herhangi birinin karşılanamaması halinde artık zaruret haline başvurulamaz. Maddede yer alan şartları sistematik bir biçimde sıralarsak:

- a) Temel bir çıkarın tehlikede olması,
- b) Tehlikenin ağır ve yakın olması,
- c) Eyleminçıkari korumanın tek yolu olması,
- d)Başka bir temel çıkara zarar verilmemesi,
- e) Söz konusu yükümlülüğün zaruret halinin öne sürülmesini engellememesi,
- f) Devletin zaruret hali durumuna katkıda bulunmamış olması,
- g) Eylemin milletlerarası hukuktan kaynaklanan emredici bir kurala aykırı olmaması,

gerekir.Saydığımız sonuncu şart hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumların tamamını kapsayan bir şemsiye hüküm olan **Taslak madde 26**'dan kaynaklanmaktadır. “*Buyruk kurala riayet*” başlıklı 26. taslak maddeye göre:

*“Bu bölümdeki hiçbir şey, genel uluslararası hukukun bir buyruk kuralı uyarınca ortaya çıkan bir yükümlülükle uyuşmayan devlet eyleminin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz.”*¹³²

¹³¹ Kaya, **op. cit.**, s.354. Ayrıca maddenin İngilizce metni şu biçimdedir:

“Article 25

Necessity

1.Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:

(a) Is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and

(b) Does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.

2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:

(a) The international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or

(b) The State has contributed to the situation of necessity.”

Zaruret halinin şartlarını ana hatlarıyla böylece belirledikten sonra, artık bu şartların ne anlama geldiğini incelemeye geçebiliriz.

B. Şartlar

1. Temel Bir Çıkarın Tehlikede Olması

Bir milletlerarası yükümlülüğe aykırı davranan devletin bu hukuka aykırılığı ortadan kaldırmak için zaruret haline başvurması, öncelikle bu devletin temel çıkarlarının tanımlanmasını gerektirir. Ancak milletlerarası hukukta bu temel çıkarların neler olduğu belirlenmiş değildir. Bir çıkarın “temel” olup olmadığı, her davada o davadaki koşullara göre somut olarak değerlendirilmelidir, önceden belirlenemez.¹³³ Buna göre devlet pek çok farklı koşul ve durumda bulunabilir ve o koşullar altında çıkarı “temel” kabul edilebilir. Bu nedenle Komisyon temel çıkarların neler olduğunu tek tek saymayı ya da bunlara ilişkin kategoriler düzenlemeyi yararsız bulmuştur.¹³⁴

Çağdaş milletlerarası hukuk anlayışına göre, zaruret halinde korunan değerlerin devletin esas varlığı ile ilgili olmasının gerekmediğini belirtmiştik. Hatta bunlar politik veya ekonomik devamlılık, devletin temel fonksiyonlarını yerine getirebilmesi için koşulların korunması, iç huzurun korunması, nüfusun ya da ülkesinin tamamı ya da bir kısmında ekolojinin korunmasına ilişkin olabilir.¹³⁵ Komisyonun temel çıkar kavramına ilişkin bu kapsayıcı bakış açısı milletlerarası davalar ve devlet uygulamalarında benzeri sebeplere başvurulmasından kaynaklanmaktadır.¹³⁶ Zaruret haline çok çeşitli sebeplere dayanarak başvurulmuştur. Bunlara örnek olarak çeşitli dava ve olaylarda gündeme gelen çevresel ve ekolojik menfaatlerin korunması¹³⁷, ağır ekonomik zorluklar,¹³⁸ sivil nüfusun güvenliğinin

¹³² **Ibid.**

¹³³ *MHK Raporu (1980)*, s.49, para.32

¹³⁴ **Ibid.**

¹³⁵ **Ibid.**, s.71

¹³⁶ Maria Agius, **The Invocation of Necessity in International Law**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Uppsala University, 2006, s.19-20. Yazarın tezine dayanarak yayınladığı aynı konudaki makalesi için bkz. Maria Agius, “The Invocation of Necessity in International Law”, **Netherlands International Law Review**, Vol.56, 2009, s.95-135.

¹³⁷ Örneğin: *Pacific Fur Seals Tahkimi*, *Torrey Canyon olayı*, *Gabcikovo-Nagymaros Projesi davası*.

sağlanması¹³⁹, devletin vatandaşlarına hizmet ve barınacak yer sağlayabilmesi¹⁴⁰ gibi sebepler gösterilebilir.

Devlet, neyin temel çıkar sayılacağını belirlemede tek başına yetkili değildir. Yani zaruret haline dayanan devlet, tek başına çıkarının temel bir çıkar olduğuna karar veremez.¹⁴¹ MAD *Gabcikovo-Nagymaros Projesine* ilişkin kararında MHK'nin aynı yöndeki bir başka cümlesini alıntılıyarak:

“Zaruretin koşullarının karşılanıp karşılanmadığını belirlemede, Devlet tek yargıç değildir.” ifadesine yer vermiştir.¹⁴²

MAD bu davada, çıkarın “temel” bir çıkar olduğunu devlet uygulamalarına bakarak belirlemiştir. Daha önce belirttiğimiz gibi her ne kadar Macaristan davada zaruretin koşullarını sağlayamamışsa da, dayandığı “ekolojik menfaat”in prensip olarak temel bir çıkar sayılabileceğinde tartışma yoktur. İşte bu belirlemeyi yaparken Divan, devlet uygulamalarına atıfla ekolojik meselelerin son yıllarda giderek temel çıkar olarak değerlendirildiğinin altını çizmiştir.¹⁴³ Yani bir menfaatin önemli olduğuna karar verilirken, devletler arasında bu yönde bir genel kanı olup olmaması dikkate alınmaktadır.

Divan bu davada devlet ülkesinin yalnızca belirli bir bölgesi için dahi olsa çevresel korumanın zaruret haline temel teşkil edebileceğini açıkça belirterek, bu konudaki tartışmalara son vermiştir.

2. Ağır ve Yakın Tehlike

Taslak madde 25 anlamında bir zaruret halinin söz konusu olabilmesi için bir diğer şart da tehlikenin yakın ve ağır olmasıdır. Yani devletin milletlerarası hukuka aykırı eyleminin hukuka aykırılık unsurunu zaruret haline dayanarak ortadan

¹³⁸ *French Company Railroads* davası. (1902)

¹³⁹ *Anglo-Portekiz uyumsuzluğu* (1832), *Belçika'nın Kongo'ya müdahalesi* (1960), *Caroline davası*.

¹⁴⁰ *Osmanlı-Rus Savaş Zararlarının Giderimi Davası* (1912).

¹⁴¹ *MHK Raporu* (1980), s.50, para.36

¹⁴² *Gabcikovo Nagymaros Projesi Davası*: s.40, para.51

¹⁴³ *Ibid.*, s.41, para.53

kaldırabilmesi için temel bir çıkarına yönelen tehlikenin “yakın ve ağır” denebilecek seviyeye ulaşmış olması gerekir. Peki bir tehlikenin yakın ve ağır olup olmadığını tespit ederken esas alınacak kriterler neler olabilir? “Ağırlık” konusunda ne Ago’nun raporlarında ne de MHK yorumlarında bir kriterden söz edilmektedir. Bunun yerine hem Ago hem de Komisyon çok daha genel bir şekilde Devletin temel bir çıkarına yönelen tehlikenin “aşırı derecede ağır” (*extremely grave*) olması gerektiğini belirtmiştir. Boed, bunun Grotius’un “aşırı aciliyet haricinde hiçbir şey hukuka aykırı hareketin haklı kılınmasını sağlayamaz.” ilkesini içeren zaruret doktrininden esinlenilmiş olduğunu ileri sürmektedir.¹⁴⁴

Komisyon tehlikenin pek yakın olmasına ise “çıkara yönelik o anki tehdit” gibi belirsiz bir açıklama getirmektedir.¹⁴⁵ Ago da benzer şekilde pek yakın tehlikenin “tehdit edilen çıkara yönelik o anki tehlike” olduğunu yazmaktadır.¹⁴⁶ MAD *Gabcikovo-Nagymaros* davasında terimin anlamını ortaya koymaya çalışmıştır. Tehlikenin yakın olmasına ilişkin olarak Divan, “*imminence*”(yakınlık) kelimesinin “*immediacy*” veya “*proximity*” kelimeleriyle eş anlamlı olduğunu ve “ihtimal” kavramının çok ötesine geçtiğini belirtmektedir.¹⁴⁷ Ayrıca tehlikeyi akla “maddi hasar”dan ziyade “risk” düşüncesini getiren tehlike olarak yorumlamıştır.¹⁴⁸ Ayrıca mahkeme Macaristan’ın zaruret iddiasını “yakınlık” unsuru olayda bulunmadığı için reddetmiştir. Bunun sebebi olarak ise projenin doğasında var olduğu ileri sürülen çevreye karşı tehlikelerin ihlal anında yeterli düzeyde oluşmamasını göstermiştir.¹⁴⁹

3. Eylemin Çıkarı Korumanın Tek Yolu Olması

¹⁴⁴ Bkz. Boed, **op. cit.**,s.16 ayrıca bkz. Grotius, **On the Law of War and Peace**, s.336. Bu aynı zamanda Rodick’in Grotius’un metinlerini değerlendirerek belirlediği zaruret hali şartlarından biridir. **Bkz.** yuk. s.6.

¹⁴⁵ *MHK Raporu (1980)*, s.49, para.33.

¹⁴⁶ *Ago Raporu*, s. 19, para.13.

¹⁴⁷ *Gabcikovo-Nagymaros Projesi Davası*: para.54.

¹⁴⁸ **Ibid.**

¹⁴⁹ **Ibid.**, para. 55-57.

Zaruretin ancak çok istisnai hallerde hukuka aykırı eylemi meşru hale getirdiği düşüncesine uygun olarak, milletlerarası hukuk Devletin temel çıkarını korumak için hukuka aykırı eylemi yerine getirmekten başka bir seçeneği olmamasını aramaktadır. Bu nedenle taslak madde 25 zarurete başvurmanın koşulu olarak hukuka aykırı eylemin menfaati korumanın yegane yolu olmasını öngörmektedir. MHK de “milletlerarası yükümlülükler için uygun olarak başvurulabilecek başka herhangi bir yol ile - *bu yol çok daha masraflı bile olsa* - tehlikeden kaçınılamaması” gerektiğini belirterek bu konudaki katı yaklaşımını ortaya koymuştur.¹⁵⁰

MAD *Gabcikovo Nagymaros Projesi* davasında Komisyon’un bu bakış açısını olaya uygulamıştır.¹⁵¹ Mahkeme Macaristan’ın olayda zaruret hali bulunduğu ilişkin iddiasını reddederken bu devletin hem çevrenin korunması hem de Budapeşte’ye su sağlanması yönündeki menfaatlerinin korunması için milletlerarası yükümlülüklerini ihlal etmeyecek başka bir yola başvurmamasının mümkün olduğunu belirtmiştir.¹⁵² Ayrıca hukuka aykırı eylemin menfaati korumada yegâne yol olup olmadığının belirlenmesinde bu alternatif yolların maliyetinin belirleyici bir faktör olmadığını ifade etmiştir.¹⁵³

Görüldüğü gibi milletlerarası hukukta, hukuka aykırı eylemin hukuka uygun bir başka alternatif var ise, bu yola başvurmak Devlete ekstra maliyet getirecek bile olsa Devletten bu yola başvurusu beklenmektedir.¹⁵⁴ Ancak ekstra maliyetin bir sınırı var mıdır ve varsa bu sınır nedir? MAD kararında bunu açıklamamıştır; ancak Macaristan’ın zaruret iddiasını değerlendirirken yaptığı akıl yürütme, bu sınırın şu şekilde belirlendiğini gösterir: Alternatif yolun ekstra maliyeti, bu yolun kendisinin Devletin temel bir çıkarına yönelik tehdit haline dönüşmesine yol açacak büyüklükte olmamalıdır.¹⁵⁵

¹⁵⁰ *MHK Raporu (1980)*, s.49, para.33.

¹⁵¹ Boed, **op. cit.**, s.17

¹⁵² *Gabcikovo-Nagymaros Projesi Davası* : para. 55-57.

¹⁵³ **Ibid.**, para.55.

¹⁵⁴ Boed, **op.cit.**, s.17-18.

¹⁵⁵ Boed, **op.cit.**, s.18.

4. Başka Bir Temel Çıkara Zarar Verilmemesi

Geçerli bir zaruret halinin öne sürülebilmesi için Taslak madde 25’te aranan bir diğer unsurzaruret hali nedeniyle yükümlülüğün kendilerine karşı olduğu devlet ya da devletlerin ya da milletlerarası toplumun bir bütün olarak temel bir çıkarının ciddi şekilde zedelenmemesidir. Burada yarışan iki menfaatin dengelenmesi gerekmektedir. Bir yanda bir milletlerarası yükümlülüğüne aykırı davranan ve zaruret haline başvuran Devletin menfaati, diğer yanda ise bu eylemden zarar gören Devletin menfaati vardır. Zaruret iddiası ancak terazi hukuka aykırı davranan devletin menfaati lehine ağır basarsa geçerlidir.¹⁵⁶ Zaruret uğruna feda edilen menfaat, böylece korunmak istenen menfaatten açıkça daha az önemli olmalıdır.¹⁵⁷

Bin Cheng, dengeleme testinin (*balancing test*) bir devletin milletlerarası hukuka aykırı eylemini zaruret haline dayanarak meşru gösterip gösteremeyeceğinin belirlenmesinde merkezi bir rol oynadığını belirtmektedir. Dengelemenin arkasında yatan nedeni şu şekilde açıklamaktadır:

“Zaruret kuralı, sosyal değerleri korumanın bir yoludur. Birbiriyle çatışan menfaatlerin önemi hakkında büyük bir ihtilaftır, normalde bu menfaatlere sağlanan hukuki korumanın geri alınmasını tek başına yasal hale getirir, bu sayede sosyal bakımdan önemli bir menfaat, objektif olarak daha önemsiz bir hakka saygı uğruna yok olmaz. Her davada çatışan menfaatlerin karşılaştırılması zorunlu görünmektedir.”¹⁵⁸

Taslak madde 25’teki formülasyona göre sosyal değerler iki devletin menfaatleri üzerinden tanımlanmaktadır.¹⁵⁹ Buna göre, zaruret hali ancak ikili ilişkilerde, yani iki devletin menfaatlerinin çatıştığı durumlarda söz konusu olabilir. Ancak bu ikili ilişkiler anlayışı, insan hakları hukukunun gelişmesi ve “*erga omnes* yükümlülükler” kavramlarının ortaya çıkmasıyla beraber günümüz meselelerini açıklamakta yetersiz kalmıştır.¹⁶⁰

¹⁵⁶ **Ibid.**

¹⁵⁷ *MHK Raporu (1980)*, s.50, para. 35, ayrıca Bkz. *Ago Raporu*, s.20, para. 15.

¹⁵⁸ Cheng, **op.cit.**, s.74.

¹⁵⁹ Boed, **op. cit.**, s.19.

¹⁶⁰ **Ibid.**

5. Yükümlülüğün Zaruret Halinin Öne Sürülmesini Engellememesi

Taslak madde 25/2-a'ya göre devletin zaruret haline başvurabilmesi için, ihlal ettiği yükümlülüğün kendisi zaruret halinin öne sürülmesi imkanını dışlamamalıdır. Eğer yükümlülüğe içkin olan bir zaruret yasağı varsa, bu durumda devlet zaruret sebebiyle eyleminin hukuka aykırı olmadığını öne süremeyecektir. Buna örnek olarak silahlı çatışmalara uygulanan insancıl hukuk anlaşmaları gösterilebilir.¹⁶¹Bu anlaşmaları hazırlayanlar, bir devletin silahlı çatışma zamanındaki yükümlülüklerini belirlerken zarureti dışarıda bırakmıştır. Ancak bunu yaparken halkın korunması ve askeri gereklilik biçimindeki menfaatler arasında bir denge kurmayı gözetmişlerdir.¹⁶²Aynı denge kurma ilkesi sorumluluk hukuku kapsamında zaruret haline de uygulanmıştır.¹⁶³

MHK'ye göre hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak zarurete başvurulmasının anlaşmanın konu ve amacına aykırı olduğu anlaşma metninden anlaşılıyorsa, bu durumda zaruret bir savunma olarak kullanılmamalıdır.¹⁶⁴Kuralın kendisi durumun anormalliğini hesaba katıyor ve buna göre düzenleme getiriyorsa, bu durumda zarurete başvurulmamalıdır.¹⁶⁵Çünkü anlaşma zaten olağanüstü, istisnai nitelikte bir durumu düzenlemektedir. İnsancıl hukuka ilişkin anlaşmalar bu tip metinlerdir. Bu nedenle insancıl hukuka ilişkin birçok anlaşmada savaşılan kuvvetlerin zarurete dayanarak milletlerarası insancıl hukukun getirdiği yükümlülüklerden kaçamayacağı kuralı düzenlenmiştir.¹⁶⁶Bu gibi istisnai durumlarda zaruret kuralı askıya alınmakta ve böylece bu kuralların varlık sebebine aykırı durumlar yaratılmasının önüne geçilmektedir.¹⁶⁷

6. Devletin Zaruret Haline Katkıda Bulunmamış Olması

¹⁶¹MHK Raporu (1980),s.50-51, para.38.

¹⁶²Agius, **op. cit.**, s.39.

¹⁶³MHK Raporu (1980), para.19, Agius, **op. cit.**, s.39.

¹⁶⁴MHK Raporu (1980), para.38.

¹⁶⁵ Agius, **op. cit.**, s. 39.

¹⁶⁶ Crawford, **ILC Commentaries**, s.185, para.19.

¹⁶⁷**Ibid.**

Taslak madde 25/2-b'ye göre Devlet zaruret halinin ortaya çıkmasına katkıda bulunmuşsa, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olarak zarureti ileri süremez. Madde bu katkının kasten ya da ihmalen yapılması arasında bir ayrıma gitmemiştir.

Katkı olayların gidişatı üzerinde yeterli ve önemli bir etki yaratmış olmalı, ikinci derecede basit nitelikte bir katkı olmamalıdır.¹⁶⁸Zarurete başvurulmasına getirilen bu sınırlama Gabcikovo-Nagymaros Projesi davasında da ele alınmıştır. Divan Macaristan'ın, zaruret iddiasına yol açan durumun ortaya çıkmasında icra ya da ihmal suretiyle yardımı olduğuna ve bu nedenle hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak bu duruma başvuramayacağına karar vermiştir.¹⁶⁹

Doktrinde ayrıca, MAD'nin *Gabcikovo-Nagymaros Projesi* davasındaki bakış açısı ve her ikisinde ortak olan hukuka aykırı eylemlerden hareketle aynı durumun *Duvar İnşası* konusunda da söz konusu olabileceği; ancak Divan'ın bu davada yargılamayı zaruret halini inceleyecek derecede genişletmediği belirtilmektedir.¹⁷⁰

Salmon devletin zarurete yaptığı katkının onu zaruret savunmasına başvurmadan alıkoyacağı fikrine karşı çıkmaktadır. Ona göre her zaman karar alma sürecinin bir noktasında yer alacak olan devlet organlarının bu sebeple olaylar zincirinde bir miktar nedensel katkısının bulunduğu söylenebilecektir. Bu da her zaman zaruretin öne sürülmesine engel olacaktır.¹⁷¹

7. Eylemin Emredici Bir Kurala Aykırı Olmaması

¹⁶⁸**Ibid.**, s. 185, para.20

¹⁶⁹*Gabcikovo-Nagymaros Projesi Davası* : s. 46, para 57, Crawford, **ILC Commentaries**, s. 185, para.20, Agius, **op. cit.**,s.39.

¹⁷⁰2004 tarihli *Duvar İnşası Danışma Görüşü, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Adv. Op., ICJ Reports 2004, I. Scobbie, "Words My Mother Never Taught Me – In Defense of the International Court", **American Journal of International Law (AJIL)**, 1999, s. 76-88, s.84. Agius, **op. cit.**, s.40.

¹⁷¹Agius, **op. cit.**, s.40'tan naklen J. J. A. Salmon, "Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international", **Essays in Honour of Judge Manfred Lachs**, ed. by J. Makarczyk, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, s. 270.

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumların tamamını kapsayıcı bir hüküm olan Taslak Madde 26 hükmü, milletlerarası hukukun emredici bir kuralına aykırı eylemin hiçbir koşulda hukuka uygun hale getirilemeyeceğini belirtmektedir. Daha açıkça, eğer devletin eylemi emredici bir kuralı ihlal ediyorsa, mağdur devletin rızası, meşru müdafaa, karşı önlem, mücbir sebep, tehlike hali ya da zaruret halinden ibaret olan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlardan birine başvurarak eylemini hukuka uygun hale getiremez. Emredici kuralın varlığı bu imkanı ortadan kaldırmaktadır. Her halde o eylem hukuka aykırı kalmaya devam edecektir.

26. madde'ye göre: “*Bu bap'ın hiçbir hükmü [hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlarbaşıklı ...bölüm], milletlerarası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğe aykırı herhangi bir devlet fiilinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz.*”

Komisyon madde metninde emredici kurallar ile kastedilenin “jus cogens” olduğunu belirtmekte ve jus cogens’i “*bir bütün olarak devletlerin milletlerarası toplumun kendisinden hiçbir surette sapmaya müsait olmayan ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir milletlerarası hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir norm*” olarak tanımlamaktadır.¹⁷² Komisyon aslında jus cogens’in ilk kez kavramsal olarak milletlerarası hukuk literatürüne girdiği 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 53. Maddesindeki tanımı tekrar etmektedir.¹⁷³

Komisyon geçmişte devletlerin *jus cogens* niteliğindeki kuralların ihlalini meşrulaştırmak için sıklıkla zaruret haline dayanması sebebiyle 26. maddedeki bu düzenlemenin önemini vurguladıktan sonra, jus cogens kurallardan kaynaklanan yükümlülükleri sıralamaya ya da özelliklerini belirtmeye çalışmayacağını; bu yükümlülüklerle genel olarak atıfta bulunduğunu ifade etmiştir.¹⁷⁴ Kaldı ki, jus cogens kuralların ne olduğu doktrinde de tartışmalı bir konudur. 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi yalnızca milletlerarası hukukta devletlerin sözleşme serbestisini sınırlayan ve aykırı antlaşmaları geçersiz kılan üstün/öncelikli kuralların varlığını

¹⁷²MHK Raporu (1980), s.50, para. 37.

¹⁷³Aslan Gündüz, **op. cit.**, s.78.

¹⁷⁴MHK Raporu (1980), s.50, para. 37.

tanıtımla sınırlıdır ve somut bir *jus cogens* kuraldan bahsedilmemiştir.¹⁷⁵ *Jus cogens* kuralların bu sözleşmeye taraf olmayan devletler bakımından bir örf ve adet hukuku kuralı niteliği taşıyıp taşımadığı ve bu sorunun cevabına bağlı olarak bağlayıcı olup olmadığı tartışılmaktadır.

1969 Sözleşmesinde konunun düzenlenmesi kuralın yazılı hale gelmesi açısından önemli bir eşik olmuştur.

MADkararlarında *jus cogens* kural ifadesine doğrudan yer vermemekte; ancak “milletlerarası toplumun temel kuralları” ya da “milletlerarası toplumun öncelikli kuralları” gibi ifadeler kullanılmaktadır. Doktrinde Divanın *jus cogens* kuralların varlığı ve içeriği konusunda özellikle yorum yapmaktan kaçındığı yönünde değerlendirmeler yapılmaktadır.¹⁷⁶

MHK'nin Taslak madde 26 ile “milletlerarası *hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğe aykırı olmama*” koşulu getirerek *jus cogens*'i temel alan yeni bir düzenleme yapması, her ne kadar içeriği belirsiz kalmakta devam etse de milletlerarası hukukta üstün/öncelikli kuralların benimsendiğinin kanıtı olmuştur.

1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 53. Madde hükmüne göre : “*Bir andlaşma, yapılması sırasında milletlerarası genel hukukun emredici bir normu ile çatışıyorsa batıldır.*”¹⁷⁷ Buna göre *jus cogens* kural kendisine aykırı olan milletlerarası hukuk kuralını geçersiz kılmaktadır. Aslında taslak madde 26 hükmü de bu kuralın bir yansımasıdır; o da her halükarda *jus cogens*'e aykırı bir fiili hukuka aykırı kabul etmektedir. Buna göre, bu kurallar tarafların karşılıklı anlaşması ile ihlal edilemez ya da bu kurallardan kaynaklanan bir milletlerarası yükümlülüğe aykırı eylemin hukuka aykırılığı (29. maddede düzenlenen) zarar gören devletin rızası ile ortadan kaldırılamaz.¹⁷⁸ Diğer bir deyişle, ilgili devletlerin iradesi ile dahi *jus cogens*

¹⁷⁵ Erdem Denk, “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda *Jus Cogens* Kurallar”, **AÜSBFD**, Cilt 56, No.2, 2001, s. 44-70, s.46

¹⁷⁶ Denk, **op. cit.**, s.49.

¹⁷⁷ Gündüz, **op. cit.**, s.78.

¹⁷⁸ *MHK Raporu (1980)*, s.50, para..37

kurallara aykırı eylemde bulunmak mümkün değildir, milletlerarası hukuk buna cevaz vermez.

Sonuç olarak, *jus cogens* kuralların varlığının bir örf ve adet kuralı olarak devletleri bağladığı söylenebilir.¹⁷⁹ Hangi kuralların *jus cogens* nitelikli kurallar olduğu belirsizliğini korumakla beraber, doktrinde kuvvet kullanmanın yasaklanması, soykırım suçu, savaş suçları ve insanlığa karşı işlenen suçların yasaklanması, köleliğin ve köle ticaretinin yasaklanması, işkencenin yasaklanması ve silahlı çatışmalarda bireylerin korunmasına dair insancıl hukuk kurallarının *jus cogens* norm seviyesine ulaşabilen normlar olduğu belirtilmektedir.¹⁸⁰ Bunlardan kuvvet kullanma yasağının *jus cogens* niteliği yukarıdaki açıklamalar ışığında bugün kesin görünmektedir.

Komisyon'a göre, bir devletin ülkesel bütünlüğü ve siyasi bağımsızlığına karşı kuvvet kullanılması, soykırım, savaş tutsaklarının öldürülmesine ilişkin yasaklar *jus cogens* karakteri taşır ve hiçbir durumda zarurete dayanılarak meşru gösterilemez.¹⁸¹ Bunların yanı sıra işkence yasağı gibi insan haklarının korunmasına ilişkin bazı kurallar da *jus cogens* normlar arasında sayılmaktadır.¹⁸²

Komisyon'un zaruret haline dair yaptığı açıklamalarda *jus cogens* kurallardan kaynaklanan yükümlülüklerle ilişkin bir liste vermekten kaçındığına değinmiştik. Buna göre, ihlal edilen yükümlülüğün emredici olup olmadığı her davada özel olarak, meselenin ortaya çıktığı zaman yürürlükte olan milletlerarası genel hukuka bakılarak çözümlenecektir.¹⁸³

Ancak Komisyon kuvvet kullanma yasağına ilişkin bir ayrıma gitmektedir. Buna göre saldırı, fetih ve zorla ilhak gibi ağır fiiller bir tarafta, daha az cebri olan fiiller diğer taraftadır. Bu daha az cebri nitelik taşıyan fiiller de devletin ülkesel bütünlüğünü ihlal etmekle birlikte, saldırı fiili (*act of aggression*) olarak değerlendirilmemeli ya da herhangi bir koşulda *jus cogens* bir yükümlülüğün ihlali

¹⁷⁹ Denk, **op. cit.**, s.52.

¹⁸⁰ Yusuf Aksar, **Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I**, İstanbul, Seçkin yay., 2012, s.98.

¹⁸¹ *MHK Raporu (1980)*, s.50 para.37.

¹⁸² Agius, **op. cit.**, s.33.

¹⁸³ *MHK Raporu (1980)*, s.50, para.37.

olarak ele alınmamalıdır.¹⁸⁴Buna göre Komisyon, bir milletlerarası hukuk kuralının emredici nitelikte kabul edilebilmesi için yüksek bir eşik koymaktadır.¹⁸⁵Kuvvet kullanma yasağı biçimindeki normu ikiye ayırarak, her türlü kuvvet kullanma fiilini jus cogens normun ihlali olarak görmemektedir. Ona göre bu fiiller belli bir ağırlıkta olmalıdır.

Daha az cebri nitelik taşıyan ve devletin ülkesel egemenliğini ihlal etmekle beraber, jus cogens bir normun ihlali niteliğinde olmayan bu kuvvet kullanma biçimlerine örnek olarak Komisyon: *ülkesine saldırmaya hazırlanan silahlı grupların zararlı eylemlerini önlemek için yabancı bir devletin ülkesine girilmesi; sınırı geçerek yabancı devletin ülkesine giren ve belki de merkezi orada bulunan silahlı bir grubun veya suç çetesinin takip edilmesi sırasında yabancı devlet ülkesine girilmesi; devlet otoritesi ve kontrolü altında bulunmayan düşman güçlerce yahut gruplarca saldırıya uğrayan veya alıkonulan vatandaşların veya diğer kişilerin hayatlarının korunması için yabancı devlet ülkesine girilmesi; sınırın ötesinde meydana gelme veya sınırın ötesine sığrama tehdidi taşıyan tehlikelerin kaynağını ortadan kaldırmak veya etkisiz hale getirmek için yabancı devlet ülkesine girilmesi* ni saymaktadır.¹⁸⁶Aslında bu fiillerin de kuvvet kullanma yasağını ihlal ettiği kabul edilmektedir; ancak bu ihlalin jus cogens bir normun ihlali ağırlığına ulaşmaması nedeniyle zaruret hali öne sürülerek fiilin hukuka uygun hale getirilmesi mümkündür.¹⁸⁷Burada ayırt edici özellik bu fiillerin o devlete karşı “saldırı” amacı taşımaması, meşru bir menfaatin korunması niyetiyle yapılmasıdır.

C. Zaruret Hali ve Benzer Kavramlar Arasındaki Farklar

1. Mücbir Sebep (*Force Majeure*) ve Zaruret Hali

Mücbir sebep Taslak maddelerin V. Bölümünde 23. Maddede düzenlenen hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlardan biridir : Buna göre eylem devletin

¹⁸⁴MHK Raporu (1980), s.44, para.23, Boed, **op.cit.**, s.33.

¹⁸⁵MHK Raporu (1980), s.44, para.23

¹⁸⁶**Ibid.**

¹⁸⁷ Boed, **op. cit.**, s.33'ten naklen Schacter, **International Law in Theory and Practice**, Martinus Nijhoff, London, 1991, s.228.

kontrolü dışında gelişen, yükümlülüğü yerine getirmeyi fiziki olarak imkansız kılan karşı konulamaz bir güç veya öngörülemeyen bir durum olan mücbir sebep nedeniyle oluşmuşsa eyleminin hukuka aykırılığı, ortadan kalkar.¹⁸⁸ Ancak mücbir sebep tek başına veya diğer faktörlerin bileşimi halinde bunu öne süren Devletin tasarrufu sonucu ortaya çıkmışsa; ya da Bu durumun ortaya çıkma riski Devlet tarafından üstlenilmişse mücbir sebebe dayanılarak eylemin hukuka aykırılığının ortadan kalktığı öne sürülemez.¹⁸⁹

Mücbir sebep, öngörülemeyen ve kaçınılamayan bir durumun veya devletin kontrolünü aşan kaçınılamaz bir gücün milletlerarası yükümlülüğe uymayı madden imkansız kılmasıdır.¹⁹⁰ Mücbir sebebin tipik özelliği milletlerarası yükümlülüğe aykırı davranan devletin eyleminin *ayrı iradi (involuntary)* olmasıdır.¹⁹¹ Bu özelliği mücbir sebebi zaruret halinden kesin olarak ayırır. Zaruret halinde devlet ne kadar bir tehlike karşısında milletlerarası yükümlülüğüne aykırı davranıyor olsa da, bu eylem *iradidir*. Devletin aksi biçimde davranmak hususunda bir tercih şansı vardır. Mücbir sebep halinde ise başka türlü davranmak madden olanaksızdır, en küçük bir özgür seçim unsuru bile içermez.¹⁹²

2. Tehlike (*Distress*) ve Zaruret Hali

Taslak madde 24'te düzenlenen tehlike ise iradilik bakımından mücbir sebep ile zaruret hali arasında bir noktada yer almaktadır. Tehlike (*distress*), devlet adına hareket eden bir bireyin kendisinin veya korumakla yükümlü olduğu kişilerin hayatının tehlikede olmasıdır.¹⁹³ Burada mücbir sebepten farklı olarak iradi bir davranış söz konusudur ancak bu seçme iradesi tehlike nedeniyle zarar görmüştür.¹⁹⁴ Teorik olarak tehlike halinde her zaman bir seçme şansı olduğu söylenebilir, ancak pratikte devlet adına hareket eden kişi milletlerarası yükümlülüğe uygun davrandığı

¹⁸⁸ Kaya, *op. cit.*, s. 354. Taslak madde 23/1

¹⁸⁹ *Ibid.* Taslak madde 23/2

¹⁹⁰ *Ago Raporu*, s.14, para.1

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² Crawford, *ILC Commentaries*, s.170, para.1.

¹⁹³ Crawford, *ILC Commentaries*, s.174, para.1

¹⁹⁴ *Ibid.*

takdirde kendisinin ya da korumakla yükümlü olduğu kişilerin hayatının neredeyse kesin olarak sona ereceğini bildiği için bu gerçek bir seçme şansı değildir.¹⁹⁵ Hatta bu nedenle **tehlike** özel raportörün ilk raporunda mücbir sebep ile birlikte aynı maddede düzenlenmiştir. Ancak daha sonra ayrı maddeler haline (Mücbir Sebep: madde 23 ve Tehlike: madde 24) getirilmiştir. Mücbir sebep durumunda milletlerarası yükümlülüğe uymak maddi ve kesin olarak imkansız iken, tehlike durumunda irade tehlike nedeniyle etkisiz hale gelir.¹⁹⁶

Tehlike halinde söz konusu tehlike bireylerin yaşamına yönelik iken, zaruret halinde sözü edilen “ağır ve yakın tehlike” Devletin doğrudan kendi varlığını, politik ve ekonomik devamlılığını, ülke içindeki barışın sürdürülebilirliğini vb. tehdit etmektedir.¹⁹⁷ Zaruret halinde tehlikenin ani ve öngörülemez dışsal bir olay olması gerekmez, bir süredir var olan durumların öngörülebilir ancak kaçınılamaz sonuçları olabilir.¹⁹⁸ Devletin özgür iradesi zarar görmemektedir, milletlerarası hukuka aykırı eylem kesin bir seçime dayanır, bütünüyle bilinçli ve her açıdan iradidir.¹⁹⁹

Tehlikeyi düzenleyen Taslak madde 24’e göre devletin milletlerarası yükümlülüğü ile uyuşmayan bir eyleminin hukuka aykırılığı söz konusu fiili işleyen, tehlike durumunda kendisinin veya kendisine emanet edilen başka kişilerin yaşamını kurtarmak için başka hiçbir makul çareye sahip değilse, ortadan kalkar.²⁰⁰ Ancak eğer, tehlike durumu, tek başına veya diğer faktörlerin bileşimi halinde, bunu öne süren devletin tasarrufu sonucu ortaya çıkmışsa; veya söz konusu eylem benzer veya daha büyük bir riske yol açabilecekse tehlike durumuna dayanarak eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmak mümkün değildir.²⁰¹

3. Rıza (*Consent*), Meşru Müdafaa (*Self Defence*) ve Zaruret Hali

¹⁹⁵ *MHK Raporu (1980)*, s.35, *Ago Raporu*, s.14

¹⁹⁶ *Ago Raporu*, s.14

¹⁹⁷ **Ibid.**

¹⁹⁸ **Ibid.**

¹⁹⁹ **Ibid.**

²⁰⁰ Kaya, **op. cit.**, s.354. Taslak madde 24/1

²⁰¹ **Ibid.**, taslak madde 24/2

Meşru müdafaanın zaruret halinden ayrıldığı en temel özelliği bir devletin önceki hukuka aykırı eylemine karşı uygulanmasıdır. Meşru müdafa halinde bir devletin hukuka aykırı eylemine karşı hukukun meşru gördüğü bir yaptırıma başvurulmaktadır.²⁰² Ancak altı çizilmesi gereken nokta, bu eylemin herhangi bir hukuka aykırı eylem olmayışıdır: Meşru müdafaaya başvurabilmek için mutlaka bir silahlı saldırı olmalıdır. Müdafaanın öncelikli ve temel amacı saldırıdan ve saldırının etkilerinden korunmaktır.²⁰³

Zaruret hali için bir devletin önceki eylemi şart olmadığından, zaruret hali bu yönüyle rıza ve meşru müdafaadan açıkça ayırt edilebilir. Rızaya ilişkin 20. Madde: *“Bir Devletin, eylemin diğer bir devlet tarafından işlenmesine geçerli rıza göstermesi bu eylemin ilk devlet bakımından hukuka aykırı bir eylem teşkil etmesini, eylem rızanın sınırları içinde kaldığı müddetçe ortadan kaldırır.”* demektedir.²⁰⁴ Görüldüğü gibi rıza ve zaruret hali arasında karışıklığa yol açacak herhangi bir benzerlik yoktur. Bu halde hukuka aykırılığın ortadan kalkması için hukuka aykırı eylemin yapıldığı devletin önceki bir tasarrufu (burada beyanı) olmazsa olmaz koşuldur.²⁰⁵ Zaruret halinde ise hukuka aykırılığın ortadan kalkması diğer devletin bir tasarrufundan tamamıyla bağımsızdır.²⁰⁶

²⁰² *Ago Raporu*, s.15.

²⁰³ **Ibid.**

²⁰⁴ Kaya, **op. cit.**, s.352

²⁰⁵ *MHK Raporu (1980)*, s.34.

²⁰⁶ **Ibid.**

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ZARURET HALİNİN SONUÇLARI VE ÖZEL REJİMLER İLE İLİŞKİSİ

I. Zaruret Halinin Sonuçları

A. Genel Açıklama

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durum öne sürmenin sonuçlarını düzenleyen madde 27,altı hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durum bakımından da ortaktır ve hepsi için ortak sonuçlar öngörmektedir. Ancak biz bu sonuçları zaruret hali özelinde inceleyeceğiz.

“Madde 27

Hukuka Aykırılığı Önleyen Bir Durum Öne Sürmenin Sonuçları

Bu bölüm uyarınca hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durumu öne sürmek aşağıdakilere hanel getirmez:

- (a) Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durum artık mevcut değilse ve bu ölçüde, söz konusu yükümlülüğe riayet;
- (b) Söz konusu eylemin neden olduğu maddi zarar için tazminat konusu.”²⁰⁷

Taslak Madde 27’nin iki boyutu vardır: İlki zaruret halini öne süren devletin milletlerarası yükümlülüğüne, ikincisi ise tazminat konusuna ilişkindir.

B. Zaruret Hali Öne Sürmenin Milletlerarası Yükümlülüğe Etkisi

Sorumluluğa ilişkin Taslak Maddeler ihlal edilen milletlerarası yükümlülüğün kaynağı bakımından bir ayırım yapmamıştır. Taslak madde 12’ye göre “*Kaynağına ve niteliğine bakılmaksızın, bir devletin bir yükümlülük tarafından istenen şeye uygun olmayan bir eylemde bulunması halinde, Devletin milletlerarasıyükümlülüğünün ihlali ortaya çıkar.*”²⁰⁸ Bu *Rainbow Warrior* davasında hakem mahkemesinin de

²⁰⁷ Kaya, **op. cit.**, s.356

²⁰⁸ **Ibid.**s.350

vurguladığı bir esastır: “Milletlerarası hukuk alanında andlaşmadan kaynaklanan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu arasında bir ayrım yoktur.”²⁰⁹

Taslak madde 27/a’ya göre hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durum artık mevcut değilse ve bu ölçüde söz konusu yükümlülüğe riayet devam etmelidir. Yani hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durumun varlığı yükümlülüğün sona ermesine neden olmaz, yükümlülüğe uyulmasını yalnızca geçici süreyle askıya alır. Zaruret haline yol açan durum geçtiğinde devlet yükümlülüğün gereklerini yerine getirmek zorundadır, getirmediği takdirde hukuka aykırı eyleminden sorumludur. *Rainbow Warrior* tahkiminde²¹⁰ ve MAD’de görülen *Gabcikovo Nagymaros Projesi* davasında bu hususun altı çizilmiştir. MAD kararında “Zaruret hali sona erdiği anda andlaşma yükümlülüklerine uyma ödevi canlanır.” ifadesi ile bu ilkeye yer vermiştir.²¹¹

Andlaşmadan kaynaklanan yükümlülükler bakımından sorumluluk hukuku ve andlaşmalar hukuku arasında kesişen bir alan ortaya çıktığı düşünülebilir. Ancak bu iki rejim arasındaki ilişki herhangi bir kodlaştırma projesinin konusu olmamıştır.²¹² Bunun yerine Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinde (VAHS) bu ilişkiyi açıklayan bir maddeye yer verilmiştir. VAHS m.73’e göre: “*Bu Sözleşmenin hükümleri bir andlaşma ile ilgili olarak devletlerin halefiyeti veya bir devletin milletlerarası sorumluluğu veya devletler arasında ortaya çıkabilecek herhangi bir soruna halel getirmeyecektir.*” Sorumluluğa İlişkin Taslak Madde 56’nın yorumunda ise “Bu maddelerin andlaşmalar hukuku veya diğer hukuk alanlarından kaynaklanan

²⁰⁹1990 tarihli *Rainbow Warrior Davası*, *Rainbow Warrior Case*, RIAA vol. XX, s.251. Greenpeace çevre örgütüne ait olan *Rainbow Warrior* gemisi Yeni Zelanda limanına demirliyken iki Fransız ajanı tarafından bombalanarak batırılmıştır. Yeni Zelanda Fransız ajanları yargılayarak hapse mahkum etmiştir. BM Genel Sekreteri’nin teklifi üzerine Fransa’nın Yeni Zelanda’ya ödeme yapması ve Fransız ajanların Avrupa dışında askeri bir yerde üç yıl süreyle tutulması ve iki hükümetin karşılıklı rızaları olmadıkça burayı terk etmelerine izin verilmemesi kararlaştırılmıştır. Ancak her iki ajan da Yeni Zelanda’nın rızası olmaksızın Fransa’ya geri gönderilmiştir. Taraflar arasındaki tahkimde Fransa bu durumu tıbbi aciliyetin yol açtığı mücbir sebebe dayandırmıştır. Ancak mahkeme Fransa’nın bu savunmasını reddetmiştir.

²¹⁰*Ibid.*, s. 251,252

²¹¹*Ibid.*, s.63.

²¹²Joe Verhoeven, “The Law of Responsibility and The Law of Treaties”, **The Law of International Responsibility**, ed. by. James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, New York, Oxford University Press, 2010, s.107.

bir milletlerarası yükümlülüğün ihlalinin hukuki neticeleri ile hiçbir ilgisi yoktur.”²¹³ şeklinde bir açıklama yer almaktadır.

Kaldı ki bu kesişme alanı andlaşmalar hukukunun birincil norm, sorumluluk hukukunun ise ikincil norm niteliği taşıması bakımından birbirinden ayrıdır.

Andlaşmadan kaynaklanan bir yükümlülüğün yürürlükte olup olmadığı ya da andlaşmanın sona erme sebeplerinin gerçekleşip gerçekleşmediği birincil nitelikteki bir kurallar bütünüdür, 1969 VAHS ile düzenlenen andlaşmalar hukukunun konusudur. Yani bu gibi sorular sorumluluk hukuku kapsamında değil, andlaşmalar hukuku çerçevesinde çözümlenecektir. Andlaşmalar hukuku milletlerarası yükümlülüğün geçerli olup olmadığı ve uygulanması gibi konularla ilgilenirken, sorumluluk hukuku bu yükümlülüklerinin ihlal edilmesinin sonuçları ile ilgilenmektedir.²¹⁴ Ancak *lex specialis* kuralına göre bu sonuçları düzenleyen özel bir kuralın varlığı halinde ve bu kuralın düzenlediği ölçüde sorumluluk hukuku kuralları uygulanmayacaktır.²¹⁵ Örneğin Taslak madde 25 anlamında zaruret hali ne insancıl hukuk kapsamında askeri zorunluluğa (*military necessity*) ne de insancıl müdahaleye uygulanacaktır.²¹⁶ Ancak devletler milletlerarası bir yükümlülüğe aykırı eylemleri için hem birincil hem de ikincil normlardan kaynaklanan savunmalara başvurdukları²¹⁷ ve milletlerarası uygulama devletin sorumluluğu meydana geldiğinde hem andlaşmalar hukuku kapsamındaki savunmaların hem de hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumların öne sürülebileceğini kabul etmektedir.²¹⁸

Rainbow Warrior davasında Fransa VAHS kapsamında andlaşmanın sona ermesi veya yürürlüğünün askıya alınması sebeplerini öne sürmenin yanı sıra, sorumluluk hukuku kapsamında mazeretler de öne sürmüştür. VAHS'nin sorumluluğa ilişkin konuları uygulama alanı dışında tutması nedeniyle, “andlaşmanın ihlali” meselesinin münhasıran sorumluluk hukuku çerçevesinde incelenmesi

²¹³ Crawford, *ILC Commentaries*, s.309, para.3

²¹⁴ First Report of the *Special Rapporteur*, Mr. James Crawford, ,50th Session of the ILC (1998), UN Doc. A/CN.4/490,s.4, Agius, *op. cit.*, s.41.

²¹⁵ Taslak madde 55.

²¹⁶ Crawford, *ILC Commentaries*, s.185, para.19, Agius, *op. cit.*, s.42

²¹⁷ *Ibid.* s.42

²¹⁸ *Ibid.* s.43

gerektiğini savunmuştur.²¹⁹ Hakem mahkemesi her iki normatif sistemin de dava ile ilişkili ve uygulanabilir olduğuna karar vermiştir. Buna göre andlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerin içeriği ve tanımı andlaşmalar hukuku çerçevesinde belirlenirken, eğer koşullar karşılanmışsa sorumluluk hukuku kapsamında eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran durumların öne sürülmesinin de mümkün olduğuna karar verilmiştir.²²⁰ Gabcikovo-Nagymaros Projesi davasında Milletlerarası Adalet Divanı da benzeri bir sonuca varmıştır: Andlaşmalar hukuku ihlalin değerlendirilmesine ilişkin hükümler içerse de, andlaşmanın bir tarafının hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlar çerçevesinde daha geniş savunmalar öne sürme hakkı vardır.²²¹

Andlaşmalar hukuku bir andlaşmanın sona ermesi ya da askıya alınması için zaruret hali ya da diğer hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlara benzer iki durumu öngörmektedir.²²² Bunlar VAHS madde 61’de düzenlenen “andlaşmanın uygulanmasını olanaksız kılan durumlar” ile VAHS madde 62’de düzenlenen “andlaşmanın şartlarında esaslı değişiklik”tir. Madde 61 bir andlaşmanın uygulanması için zorunlu olan bir şeyin kesin olarak kaybolması ya da yok olması durumunda bu andlaşmaya son verilmesini ya da yürürlüğünün askıya alınmasını kabul etmektedir.²²³ Bu duruma örnek olarak mücbir sebep gösterilebilir. (Osmanlı Rus Savaş Zararlarının Giderimi Davası) madde 62’de kodlaştırılan milletlerarası hukukun *rebus sic stantibus* ilkesine göre ise bir andlaşmanın yapılışı sırasında var olan ve andlaşmanın yapılmasını etkileyen koşullarda ortaya çıkan değişmelerin bu andlaşmaya son verme ya da yürürlüğünü askıya alma nedeni olacağı kabul edilmektedir.

VAHS kendi düzeni içerisinde bir andlaşmanın ve dolayısıyla andlaşmadaki yükümlülüklerin sona ermesi veya yürürlüğünün askıya alınmasına ilişkin kurallar öngörmektedir. Zaruret hali veya mücbir sebebin bu kurallar çerçevesinde bir imkansızlık ya da şartlarda esaslı değişiklik oluşturup oluşturmadığı incelenecektir,

²¹⁹ **Ibid.**

²²⁰ *Rainbow Warrior Davası*: s.251, para.75

²²¹ *Gabcikovo- Nagymaros Projesi Davası*: s.7.

²²² Agius, **op.cit.**, s.46.

²²³ Pazarıcı, **op.cit.**, s.100, 101.

ancak hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumların doğrudan yükümlülük üzerinde bir etkisi yoktur. Rainbow Warrior davasında andlaşmalar hukuku ile sorumluluk hukuku arasındaki ayırım ele alınmış ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olsa bile yükümlülüğün geçerliliğinin andlaşmalar hukukuna göre belirleneceği ifade edilmiştir.²²⁴

C. Zaruret Hali Öne Sürmenin Tazminata Etkisi

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durum öne sürmenin diğer bir sonucu Taslak madde 27'nin b bendinde düzenlenmiştir: Buna göre devletin sorumluluğu ortadan kalksa bile eylemin neden olduğu maddi zarar için tazminat konusuna halel gelmeyecektir. Bazı yazarlar bu hükmün, Komisyon'ca "sorumluluğu ortadan kaldıran durumlar" ifadesi yerine "hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlar" ifadesinin tercih edilmesinin nedenini açıkladığı düşüncesindedirler.²²⁵ Çünkü görüldüğü üzere zaruret hali gibi bir mazeret öne sürüldüğünde sorumluluk bütün sonuçları ile ortadan kalkmamakta, tazminat yükümlülüğüne halel gelmemektedir.

Taslak madde 27'nin yorumunda MHK, "tazminat" ifadesinin madde içerisinde özel bir anlam taşıdığını ve hukuka aykırı eylemler için öngörülen bir zarar giderimi çeşidinden farklı olduğunu belirtmiştir. MHK'ye göre: "Madde 27/b 'tazminat' ifadesini kullansa da bunun Madde 34'te düzenlenen ve hukuka aykırı eylemden ötürü onarım kapsamında yer alan tazminat ile bir ilgisi yoktur. Bundan ziyade hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir duruma dayanan bir devletin maddi zarardan doğrudan etkilenen herhangi bir devlete karşı zararı tazmin etmesinin beklenmeli mi yoksa beklenmemeli mi [sorusuna] ilişkindir."²²⁶ Ayrıca madde 27 metninde madde 36'da yer alan "zarar" (*damage*) ifadesi yerine "maddi kayıp" (*material loss*) ifadesi kullanılmıştır ve MHK bunun bilinçli bir tercih olduğunu belirtmiştir: " Maddi kayıp ifadesi diğer maddelerdeki zarar kavramından daha dardır: Madde 27 yalnızca bir Taraf 5. Bölümde düzenlenen bir duruma dayandığı zaman ortaya çıkabilecek kayıpların belirlenmesi ile ilgilidir." Bu ifade hukuka

²²⁴Rainbow Warrior Davası: s.251, 252.

²²⁵Sandra Szurek, "The Notion of Circumstances Precluding Wrongfulness", **The Law of International Responsibility**, ed. by. James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, New York, Oxford University Press, 2010, s.436.

²²⁶ Parantez içi eklenmiştir. Crawford, **ILC Commentaries**, s.190, para.4

aykırı fiil neticesinde meydana gelen zararların Taslak madde 27 kapsamında yer almadığı anlamına gelebilir.²²⁷

MHK bununla esasen eylemin hukuka aykırılığının ortadan kalkmasına rağmen tazminat yükümlülüğünün devam etmesini açıklamış olmaktadır. Ancak “zarar” ile “maddi kayıp” arasındaki nitelik farkının tam olarak ne olduğu anlaşılammakta, iki tazminat biçimi arasındaki ayrım belirsiz kalmaktadır.

Altı çizilmesi gereken bir diğer nokta maddenin “emredici” bir dil ile yazılmamış olmasıdır. Maddede örneğin “Devlet maddi zarar nedeniyle tazminat ile yükümlüdür.” gibi bir ifadeye yer verilmemiştir. Bunun yerine eylemin neden olduğu maddi zarar nedeniyle tazminat meselesinin saklı olduğu ifade edilmiştir. Bir mazeret ile hukuka aykırılığın ortadan kalkmasına rağmen Devletin yine de tazminat ödemekle yükümlü olup olmayacağı konusu MHK’nin gündemine gelmiş ve MHK Taslak Maddeler’in 1979 ve 1980 yıllarındaki ilk okuması sırasında olumlu ya da olumsuz bir cevap vermek yerine maddeye tazminat konusunu saklı tutan bir kayıt koymuştur.²²⁸

Her koşulda tazminat ödemek zorunluluğu getirilmemiş, ancak hukuka aykırılığın ortadan kalkması nedeniyle tazminat da otomatik olarak ortadan kaldırılmamıştır.²²⁹ Taslak madde 27’nin yorumunda MHK, saklı kalma kaydının ilk olarak yükümlülüklerde meydana gelebilecek değişiklikler için, ikinci olarak da tazminat ödenebilecek zamanın genel hatlarıyla önceden belirlenmesi mümkün olmadığı için getirildiğini belirtmiştir.²³⁰ Yani hangi koşullarda maddi kaybın tazmin edileceği ya da tersine eylemden zarar gören kişilerin hangi koşullara göre bu maddi kayba katlanacağına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Çünkü 5. Bölüm

²²⁷Sergey Ripinsky, “State of Necessity: Effect on Compensation”, s.6 (Çevrimiçi) http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1546991, 16.06.2013.

²²⁸ Mathias Forteau, “Reparation in the Event of a Circumstance Precluding Wrongfulness”, **The Law of International Responsibility**, Ed. By James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, New York, Oxford University Press, 2010, s.887-888.

²²⁹ Ripinsky, **op. cit.**, s.5.

²³⁰ Crawford, **ILC Commentaries**, s.189, para.1

kapsamındaki olası durumların çeşitliliği, tazminat için detaylı bir rejim düzenlemeye uygun değildir.²³¹

LG & E Enerji Şirketi, LG & E Sermaye Şirketi, LG & E Uluslararası Şirketi ile Arjantin Cumhuriyeti arasında görülen davada (Bundan sonra “**LG&E Davası**”) hakem mahkemesi, zaruret hali süresince meydana gelen zarara yatırımcının katlanması gerektiğine²³², bu nedenle tazminat ödenmesine yer olmadığına karar vermiştir. *CMS Gaz Nakil Şirketi ve Arjantin Cumhuriyeti* arasında görülen davada ise (Bundan sonra “**CMS Davası**”) yaşanan ekonomik kriz maddi kaybın taraflar arasında dağıtılmasına neden olmuştur.²³³

Bir mazeret nedenine başvuran devlet ile bundan maddi kayba uğrayan diğer devletler kayıp meydana gelmeden önce ya da meydana geldikten sonra, tazminat ödeme ihtimali ya da ödenecek tazminatın kapsamına karar verebilirler.²³⁴ Yatırımcı-Devlet arasındaki uyuşmazlıklarda gördüğümüz gibi, Taraflar örneğin yaptıkları bir andlaşma ile zaruret halini özel olarak düzenleyebilirler. ICSID İptal Komitesi’ne göre, CMS davasını gören Mahkeme ikili yatırım andlaşması 11. Maddesi hükmünü doğru şekilde uygulaysaydı, davalı Arjantin devletinin tazminat yükümlülüğü doğmayacaktı. Çünkü bu madde öngördüğü durumlarda andlaşmanın esasa ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engelliyordu.²³⁵ LG&E kararında da aynı bakış açısını görmek mümkündür.²³⁶ Bu karara göre zaruret hali dönemi boyunca Arjantin’in sorumluluğu mevcut değildir ve Arjantin yalnızca bu dönem öncesi ve sonrasında alınan önlemler nedeniyle meydana gelen zararlardan sorumludur.²³⁷

²³¹ **Ibid.**, para. 6.

²³² *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International Inc. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, 2006, para. 264. (LG&E davasında verilen kararın detaylı incelemesi için bkz. aşağıda s. 73 vd.)

²³³ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case no. ARB/01/8, Award, 2005, para. 264. (CMS davasında verilen kararın detaylı incelemesi için bkz. aşağıda s. 66 vd.)

Ripinsky, **op. cit.**, s.8

²³⁴ Crawford, **ILC Commentaries**, s.190, para. 6

²³⁵ *CMS Co.v. Argentine, Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment, of the Argentine Republic*, para.146. (Bundan sonra “**CMS İptal Komitesi Kararı**”)

²³⁶ Ripinsky, **op. cit.**, s. 10.

²³⁷ *LG&E Davası*: para. 229, 259, 265.

II. Zaruret Halinin Özel Rejimler²³⁸ İle İlişkisi

A. *Lex Specialis Derogat Legi* Kuralı

Hukukta *lex specialis derogat lex generalis* yani özel hüküm genel hükmü ilga eder şeklindeki kuralın bir örneği de Taslak Maddeler’de yer almaktadır. Genel hükümler kısmında yer alan Taslak Madde 55 bunu düzenler:

“Milletlerarası hukuka aykırı eylemin varlığına ilişkin şartlar veya Devletin milletlerarası sorumluluğunun içerik ya da uygulanması milletlerarası hukukun özel kuralları tarafından düzenlendiğinde ve bu ölçüde bu maddeler uygulanmaz.”²³⁹

Yani taraflar birincil normlar ile özel olarak yükümlülüğün ihlal edilmesi halinde uygulanacak kuralları belirlemişlerse, bu ölçüde genel ve ikincil normlardan oluşan Taslak Maddeler uygulanmayacaktır. Taraflar böyle bir belirleme yapmasa da milletlerarası hukukun özel bir kuralının varlığı halinde genel hükümler uygulama alanı bulmaz.

Taslak Maddeler’in tamamını kapsayan bu genel kural, doğal olarak zaruret halini de içerisine almaktadır. Bunun anlamı, zaruret halinin *lex specialis*’in varlığı halinde uygulanmayacağıdır. Ancak özellikle son dönemdeki devlet uygulamaları ve yargı kararlarına baktığımızda zaruret haline pek çok özel alanda başvurulduğunu görmekteyiz. Zaruret haline başvurulmasında görülen bu artış, maddenin kötüye kullanılmaya açık biçimde kaleme alındığı ve istisnai bir durum olarak tasarlanmışken devletler için yükümlülüklerinden kaçmaya yarayan yaygın bir araç haline geldiği yönündeki eleştirileri beraberinde getirmiştir. Gerçekten de 55. madde hükmüne rağmen zaruret hali milletlerarası hukukun pek çok özel alanında uygulama bulmuş, özellikle Arjantin’de 2001 yılında meydana gelen ekonomik kriz neticesinde bu devlete karşı açılan yabancı yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin davalarda öne sürülmüş veya mahkemece re’sen dikkate alınmıştır.

²³⁸ “Özel rejimler” ifadesi ile kastedilen, milletlerarası hukukun parçalı yapısı içerisinde yer alan, her biri kendine özgü özellikler taşıyan ve spesifik bir alanı düzenleyen hukuki rejimlerdir. bu özel rejimlere örnek olarak WTO/GATT rejimi kapsamında milletlerarası ticaret hukuku, BIT kapsamında yatırımcı-devlet tahkimi, *jus ad bellum* ve *jus in bello*, milletlerarası insan hakları hukuku ve diğer andlaşma temelli rejimleri gösterebiliriz. **Bkz.** Crawford, **ILC Commentaries**, s. 306- 308.

²³⁹ Kaya, **op. cit.**, s.368.

Çalışmanın bu bölümünde özellikle somut olaylar üzerinden gidilerek ikinci bölümde teorik olarak incelediğimiz ama içerdiği soyut kavramlar nedeniyle belirsiz bir ifade olarak kalan zaruret hali aydınlatılmaya çalışılacaktır. Ayrıca son dönemde zaruret haline başvuru davalara ile güncel uygulama ortaya konacaktır.

Milletlerarası hukukun parçalı yapısı içinde *lex specialis* özelliği gösteren pek çok alan vardır. Öyle ki yakın tarihte bu konuda bir seminer düzenlenmiş ve neticesinde yayınlanan çalışma ile zaruret halinin milletlerarası hukukun çeşitli alanlarındaki rolü ortaya konmuştur.²⁴⁰ Söz konusu çalışmada araştırılan temel sorular sorumluluk kapsamında tanımlanan zaruret halinin *lex specialis* alanlara etkisinin ne ölçüde ve ne şekilde olduğudur. Hatta uygulamada öyle bir durum hasıl olmuştur ki, zaruret haline dair sorumluluk hukuku ve Taslak Maddeler kapsamında çok az sayıda çalışma yapılmışken, esasen Taslak madde 55 ile uygulama alanı dışında bırakıldığı konularda (ör: yabancı yatırım, savaş hukuku, çevre hukuku) o konu özelinde zaruret haline ilişkin çok sayıda inceleme mevcuttur. Bunun sonucunda zaruret haline ilişkin doktrin bu konular özelinde gelişme sağlayabilmiş, zaruret halinin pratikteki değeri bu konulara ilişkin yargı kararları ve akademik çalışmalar ile tespit edilip geliştirilmiştir. Üçüncü bölümü bu konuya ayırmamızın nedeni de budur. Zaruret hali sorumluluk hukuku için genel bir hüküm olarak tasarlanmış da olsa, uygulamasının esasen farklı mecralarda gelişmesini göz ardı etmek konuyu ele almayı amaçlayan bir çalışma için önemli bir eksiklik olurdu.

Özellikle son yıllarda davanın tarafı devletin zarureti öne sürmesi ya da mahkemenin re'sen dikkate alması nedeniyle özel rejimlerin bazılarında zaruret hali pek çok kez gündeme gelmiş ve değerlendirilmiştir. Bu durumun görüldüğü iki önemli alan milletlerarası yatırım hukuku ve savaş hukukudur. Bu alanlarda görülen zaruret hali uygulaması, kavramın milletlerarası hukukun gelişimine etkisini ve 21. yüzyıldaki güncel uygulanma biçimini gözler önüne sermektedir.

²⁴⁰“Necessity Across International Law”, Ed. by. I. F. Dekker, E. Hey, **Netherlands Yearbook of International Law**, Vol. 41, 2010.

B. Zaruret Hali ve Yatırım Hukuku (ICSID Tahkimi)

1. Genel Açıklama

2001 yılında Arjantin tarihindeki en ağır ekonomik krizlerden biri patlak vermiştir. IMF'ye göre üç yıl boyunca üretim yüzde yirmilere kadar düşmüş, hükümet borçlarını ödeyemez hale gelmiş, bankalar sistemi felç olmuş ve Amerikan dolarına endekslenen Arjantin pesosu bir dolara karşılık 3.90 değerine kadar düşmüştür.²⁴¹

Arjantin krizle baş edebilmek için pek çok önlem almış, bir olağanüstü hal kanunu çıkararak olağanüstü hal ilan etmiştir. 11 yıldır uygulanan 1 peso, 1 dolar eşitliğini bozarak, yüzde 41 oranında devalüasyon gerçekleştirilmiş, tüm yükümlülükler askıya alınmış ve tüm banka hesapları dondurulmuştur.²⁴² Arjantin hükümeti bu arada Birleşik Devletler Üretici Fiyat Endeksi tarifelerini askıya almış ve gaz dağıtım tarifelerini de dondurmıştır.²⁴³ Alınan tüm bu önlemleri yatırımcıların ICSID'e başvurarak zararlarının giderimini istemeleri izlemiştir.

Milletlerarası yatırım hukuku iki taraflı yatırım andlaşmaları (bilateral investment treaty- BIT) yapılması ve ICSID'in kurulması ile gelişmiştir.²⁴⁴ ICSID yabancı yatırımcılar ve devlet arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için kurulmuş yargı yetkisi ihtiyari olan bir hakem mahkemesidir. Arjantin'in karşı karşıya kaldığı krizi aşmak için aldığı önlemler ve borcunu ödemedeki aczi yabancı yatırımcılar tarafından bu mahkemeye çok sayıda başvurunun yapılmasına neden olmuştur. İşte bu davalarda Arjantin'in temel savunusu zaruret hali içerisinde bulunduğu durdur.

Bu davalarda Arjantin zaruret haline hem milletlerarası sorumluluk hukukunun bir *genel* prensibi olarak, hem de Arjantin ve ABD arasında imzalanan ve

²⁴¹IMF Policy Development and Review Department , "Lessons From the Crisis In Argentina", s.3 (Çevrimiçi) <http://www.imf.org/external/np/pdr/lessons/100803.htm>, 16.06.2013.

²⁴²Duygu Evirgen, "Arjantin Krizinin Nedenleri, Sonuçları ve Türkiye Karşılaştırması", **Mevzuat Dergisi**, No.7, 2004(Çevrimiçi)<http://www.mevzuatdergisi.com/2004/05a/04.htm>, 16.06.2013. Ayrıca Bkz. Marie Christine H. Thejoernelund, "State of Necessity as an Exemption From State Responsibility", **Max Planck Yearbook of United Nations Law** , Vol.13, 2009, s.423-480, s.440.

²⁴³Jorge E. Vinuales, "State of Necessity and Peremptory Norms in International Investment Law", **LawandBusinessReview of the Americas**, vol.14, 2008, s. 2. , Thejoernelund, **op. cit.**,s.440.

²⁴⁴Thejoernelund, **op. cit.**, s.441

uyuşmazlığa uygulanacak olan ikili yatırım andlaşması (BIT) 11. maddesi hükmünün özel yorumlanması olarak başvurmuştur.²⁴⁵ *CMS Gaz Nakil Şirketi ve Arjantin Cumhuriyeti* arasında görülen davada²⁴⁶ ICSID hakem mahkemesi ilk kez Arjantin tarafından alınan olağanüstü önlemler nedeniyle yatırımları ve haklarının zarar gördüğünü öne süren bir yatırımcının iddiasını karara bağlamıştır.²⁴⁷ Bir ilk olması itibariyle kararın emsal niteliği taşıması beklenmekle beraber, *LG & E Enerji Şirketi, LG & E Sermaye Şirketi, LG & E Uluslararası Şirketi ile Arjantin Cumhuriyeti* arasında görülen davada²⁴⁸ hakem mahkemesi zaruret haline ilişkin olarak CMS davasındaki kararının tam zıddı bir karar vermiştir. CMS davasında Arjantin'in içinde olduğu krizin zaruret halinin koşullarını karşılamadığı ve zaruret hali oluşturmadığına karar verirken, LG&E davasında altı aylık bir dönem içinde Arjantin'in esasen zaruret hali içerisinde bulunduğuna ve bu dönemde alınan önlemler nedeniyle yatırımcılara karşı herhangi bir yükümlülüğü olmadığına karar vermiştir. Bu iki hakem heyetinin her iki davada da vakıalar aynı olmasına rağmen birbirine zıt sonuçlara varması tartışmalara yol açmıştır.²⁴⁹ Sloane bu duruma genel bir zaruret hali savunmasının kodlaştırılmasının yol açtığını öne sürmektedir:

“Bu durum genel bir zaruret savunmasının kodlaştırılması tarafından yaratılan tehlikeyi göstermektedir: [zaruret hali] asla kastedilmeyen bağlamlara dahil edilebilir. Zaman zaman yatırımcı - devlet uyuşmazlıkları bağlamında *lex specialis* oluşturan ikili yatırım andlaşması hükümlerinin hiyerarşik olarak üstünde olduğu kabul edilmiştir bile.”²⁵⁰

CMS davasında hakem mahkemesi işe milletlerarası örf ve adet hukukunun bir analizi ile başlamış, Taslak Madde 25'in örf ve adet hukukunun açık bir yansıması olduğu değerlendirmesinde bulunmuş ve zaruret halini ABD- Arjantin ikili yatırım andlaşmasının olağanüstü hale ilişkin hükümlerine uygulamıştır.²⁵¹ Diğer

²⁴⁵Robert D. Sloane, “On the Use and Abuse of Necessity in the Law of State Responsibility”, **Boston University School of Law Working Paper No.11-16**,2011, s.59. (Çevrimiçi) <http://www.bu.edu/law/faculty/scholarship/workingpapers/documents/SloaneR032811-rev-may17-11.pdf>, 16.06.2013.

²⁴⁶**Bkz.** yuk. s. 61.

²⁴⁷Thejoernelund, **op. cit.**, s.441.

²⁴⁸**Bkz.** yuk. s. 61.

²⁴⁹Vinuales, **op. cit.**, s.2

²⁵⁰ Sloane, **op. cit.**, s.59-60(Parantez içi eklenmiştir.)

²⁵¹Thejoernelund, **op. cit.**, s.442

yandan, LG & E davasında öncelikle ABD- Arjantin ikili anlaşmasının 11. Maddesini olaya uygulamış ve daha sonra vardığı sonucu teyit etmek için Taslak Madde 25 kapsamında değerlendirme yapmıştır.

Sempra davasında²⁵² ise hakem mahkemesi herhangi bir değerlendirme yapmaksızın Taslak madde 25'in örf ve adetin kodlaştırılması olduğunu belirtmiştir. Böylece Taslak Madde 55 bağlamında lex specialis oluşturan ikili yatırım anlaşması hükümleri Taslak Madde 25'teki zaruret halinin koşulları çerçevesinde yorumlanmıştır.²⁵³

2. CMS Davası

Dava ICSID önüne ABD'de kurulan bir şirket olan CMS tarafından getirilmiştir. CMS Arjantin hükümetinin aldığı önlemlerin ikili yatırım anlaşmasından kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ettiğini öne sürmüş ve tazminat talebinde bulunmuştur. Arjantin bu iddiaya karşılık eğer mahkeme ikili yatırım anlaşmasının bir ihlali olduğuna karar verirse, zaruret halinin varlığı nedeniyle sorumlu tutulamayacağını öne sürmüştür. Arjantin içinde olduğu krizin Taslak Madde 25'teki zaruret halinin koşullarını karşıladığını savunmaktaydı.

Hakem mahkemesi kararında Taslak madde 25'in örf ve adet hukukunun bir yansıması olduğunu belirtmiş, taraflardan da zaruretin bir örf ve adet hukuku kuralı olmadığı yönünde herhangi bir itirazla karşılaşmamıştır.²⁵⁴ Yani işe üzerinde hiçbir tartışma olmaksızın zaruret halinin bir örf ve adet hukuku kuralı olduğu kabulü ile başlanmış, mahkemenin tüm yaptığı kuralı olaya uygulamak olmuştur. Bu da Arjantin'in durumunun taslak madde 25'te yer alan şartları taşıyıp taşımadığının belirlenmesi demektir.

²⁵² *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 2007. Amerikan Sempra Enerji Şirketi ve Arjantin arasında görülen dava, Arjantin'de yaşanan ekonomik kriz ve hükümetçe alınan önlemlerden ötürü ICSID'de devlete karşı açılan davalardan bir diğeridir.

²⁵³ Sloane, **op. cit.**, s.60

²⁵⁴ *CMS Davası*: s.92

Bu bağlamda devletin “temel bir çıkarının” korunması koşuluna ilişkin olarak, yol açacağı tüm sosyal ve siyasi sonuçları ile daha büyük bir krizi önlemenin devletin temel bir çıkarını teşkil edebileceği belirtilmiştir.²⁵⁵ Burada mesele yaşanan krizin ağırlığını tespit etmektir.²⁵⁶ Ancak daha önce belirttiğimiz gibi, tek başına bu koşulun sağlanması ile hukuka aykırılık ortadan kalkmaz, tüm koşulların olayda bir arada bulunması gerekir.

Temel bir çıkarın varlığı tespit edildikten sonra, ağır ve yakın bir tehlikenin varlığı koşulu aranmıştır. Mahkeme bu bağlamda krizin hükümet tarafından durumun daha da kötüye gitmesini ve ekonominin tamamıyla çökmesi tehlikesini önlemek için alınan önlemleri haklı kılacak ağırlıkta olduğu değerlendirmesini yapmıştır.²⁵⁷ Böylece ilk iki koşul bakımından mahkemenin vardığı sonuç krizin son derece ciddi bir durum oluşturduğudur.

Taslak madde 25’e göre Arjantin’in aldığı önlemler temel bir çıkarı korumanın “tek yolu” olmalıdır.²⁵⁸ Mahkemeye göre bu esasen tartışmaya açık bir konudur. Bu konuda davanın tarafları ve ekonomistler birbirinden farklı görüşlere sahiptir. Bazıları alınan önlemleri desteklerken bazıları da alternatif önlemlerin alınabileceğini savunmaktadır.²⁵⁹ Ancak mahkeme izlenebilecek alternatif politikaların hangisinin daha iyi olacağına ilişkin kararın görev alanı dışında kaldığını belirtmektedir.²⁶⁰ Gerçekten de bu mahkemece belirlenebilir bir mesele gibi görünmemektedir. Mahkemenin tespit etmesi gereken şey yalnızca, temel çıkarın korunabilmesi için alternatif yolların olup olmadığıdır.²⁶¹ Hükümet bu yollardan hangisine başvurmalıydı sorusu konunun sınırları dışında kalmaktadır. Mahkeme bu konuda daha önce taslak madde 25’in unsurlarını incelerken değindiğimiz, “Milletlerarası yükümlülüklerle uygun olarak başvurulabilecek başka herhangi bir yol ile - *bu yol çok daha masraflı bile olsa*- tehlikeden kaçınılabilmesi halinde zaruret

²⁵⁵ **Ibid.**, s. 93

²⁵⁶ **Ibid.**

²⁵⁷ **Ibid.**, s.93-94

²⁵⁸ Kaya, **op. cit.**, s.354.

²⁵⁹ *CMS Davası*: s.94

²⁶⁰ **Ibid.**

²⁶¹ **Ibid.**

halinin öne sürülemeyeceği²⁶² şeklindeki MHK madde yorumuna atıf yapmaktadır.²⁶³ Bu yorumun mahkemeye hükümetin aldığı önlemlerin mümkün olan tek yol olmadığı sonucuna varmasında yardımcı olduğunu belirtmektedir.²⁶⁴

Zaruret halinin bir diğer şartına göre alınan önlemler “yükümlü olunan devlet ya da devletlerin ya da milletlerarası toplumun bütününün temel bir çıkarını ciddi olarak zedelememeli”dir. Bu noktada mahkeme yükümlülüklerin ikili yatırım anlaşmasından kaynaklandığını ve anlaşmanın hükümleri doğrultusunda belirleneceğini belirtmektedir.²⁶⁵ Bu durumda yükümlülükler özel olarak CMS şirketine karşı değil, ikili yatırım anlaşmasının yapıldığı ABD’ye karşıdır.²⁶⁶ Milletlerarası toplumun herhangi bir çıkarının etkilenmemesi sebebiyle konuyla ilgisinin bulunmadığı tespit edilmiştir. Yine alınan önlemler ile ihlal edilen bir emredici normun bulunmadığı da belirtilmiştir.²⁶⁷

Yükümlü olunan devlet ya da devletlerin temel bir çıkarına zarar verilmemesi koşulu mahkemece ikili yatırım anlaşmasının olağanüstü hale ilişkin 11. Maddesi çerçevesinde ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Buna göre eğer anlaşma yatırımcıları korumak için yapıldıysa bunun anlaşmaya taraf devletlerin önemli bir çıkarı olduğu varsayılmalıdır.²⁶⁸ Mahkemeye göre bunun temel bir çıkarı olup olmadığını söylemek güçtür, çünkü bu tip bir yatırım anlaşması esasen yatırımcıların çıkarlarını korumaktadır ve bunlar da yatırımcılar açısından temel çıkarlardır. Davanın amacı için yalnızca taraf devletler açısından anlaşmaya bakıldığında, yükümlü olunan devletin temel bir çıkarı zedelenmiş görünmemektedir.

269

Taslak madde 25/2’ye göre eğer devletin milletlerarası yükümlülüğü zaruret halinin öne sürülmesi olanağını dışlıyorsa, zaruret hali öne sürülemeyecektir. Arjantin’in milletlerarası yükümlülükleri olay özelinde ikili yatırım anlaşmasından

²⁶²MHK Raporu (1980), s.49 para.33.

²⁶³CMS Davası: s.94

²⁶⁴Ibid.

²⁶⁵Ibid.

²⁶⁶Thejoernelund, *op. cit.*, s.446

²⁶⁷Ibid.,s.94.

²⁶⁸Ibid., s.103.

²⁶⁹Ibid.

kaynaklandığından mahkeme bu konuyu da andlaşma hükümleri çerçevesinde çözümlenmiştir.

Taraflar arasındaki ikili yatırım andlaşmasının olağanüstü hale ilişkin 11. maddesi hükmü şöyledir:

*“Andlaşma her iki Tarafın kamu düzeninin korunması, milletlerarası barış ve güvenliğin korunması ve iyileştirilmesine dair yükümlülüklerin yerine getirilmesi veya kendi temel güvenlik çıkarlarının korunması için gereken önlemleri uygulamasını engellemez.”*²⁷⁰

Taraflar arasındaki tartışma da bu maddenin yorumu konusundadır. Davacı, andlaşmanın konu ve amacının ekonomik zorluklar karşısında yatırımcılara koruma sağlamak ve taraflarca bu ekonomik zorluklara dayanılarak andlaşmadan kaynaklanan yükümlüklerin yerine getirilmemesini engellemek olduğunu belirtmiştir.²⁷¹

Mahkeme ilk olarak belirlenmesi gerekenin andlaşmanın konu ve amacının zarureti dışlayıp dışlamadığı olduğunu belirtmiştir.²⁷² Böylece Taslak madde 25/2’de aranan koşullardan yukarıda belirttiğimiz yükümlülüğün zaruret hali olasılığını dışlamaması şartının karşılanıp karşılanmadığı ortaya çıkacaktır. Mahkeme bu konuda bir ayırım yapmaktadır. Buna göre bazı andlaşmalar tamamen zaruret halinde veya olağanüstü durumlarda uygulanmak üzere (örneğin silahlı çatışmalara uygulanacak insancıl hukuk kuralları) tasarlanmıştır.²⁷³ Daha önce değindiğimiz ve Taslak madde 25’in yorumunda da belirtildiği gibi andlaşmanın konu ve amacı zaruret hali gibi bir mazeret sebebinin zaten dışarıda bırakılmaktadır.²⁷⁴ Mahkemenin önündeki davada ise olaya uygulanacak andlaşma ekonomik zorluklar veya hükümetçe önlemler alınmasını gerektiren diğer durumlarda yatırımları korumak için

²⁷⁰BITm.11: “This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.”

²⁷¹CMS Davası: s.97-98.

²⁷²Ibid., s. 102.

²⁷³Ibid.

²⁷⁴Crawford, ILC Commentaries, s. 185, para. 19.

tasarlanmıştır. Mahkemeye göre burada cevaplanması gereken soru bu zorlukların hangi ağırlıkta olacağıdır. Buna göre her çetin kriz bütünüyle bir çöküş anlamına gelmez ve Arjantin krizi çetin olmakla birlikte ekonomik ve sosyal bir çöküşle sonuçlanmamıştır. Arjantin'in bu durumu hukuki bakış açısına göre sorumluluğu ve hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz ancak tazminat belirlenirken mahkeme tarafından dikkate alınacaktır.²⁷⁵

Kanımızca burada mahkemenin yaptığı değerlendirme kararın kendi içerisinde çelişmesine yol açmıştır. Daha önce devletin temel bir çıkarının bulunup bulunmadığını tespit ederken, “yol açacağı tüm sosyal ve siyasi sonuçları ile daha büyük bir krizi önleme”nin devletin temel bir çıkarı olduğunu söylemiş, burada ise bu büyük çöküntünün gerçekleşmemesi sebebiyle, yani “o denli ağır bir kriz” olmadığı gerekçesi ile Arjantin'in sorumluluğunun ortadan kalkmayacağını belirtmiştir. Bu akıl yürütme ile aslında mahkeme hiçbir şey söylemiş olmamaktadır. Araştırdığı konu Arjantin'in andlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerinin zaruret halini dışlayıp dışlamadığı iken, bu soruyu cevaplamadan aniden sorumluluğun ortadan kalkmayacağı sonucuna varmıştır.

Somut olayda bu koşulun karşılanıp karşılanmadığını cevaplamayan mahkeme Taslak madde 25/2'de aranan diğer koşula, “devletin zaruret hali durumuna katkıda bulunmaması” koşuluna ilişkin bazı tespitlerde bulunmuştur. Yine taslak madde yorumuna atıfla, bu katkının *yeterince önemli ve yalnızca tesadüfen gerçekleşmiş veya çevresel bir katkı* olmaması gerektiğini belirtmiştir.²⁷⁶ Krize yol açan durumların bütünüyle iç kaynaklı olduğunu öne süren davacı ve bütünüyle dış kaynaklı olduğunu savunan davalının görüşlerine karşılık mahkeme bu tip krizlerin çoğunda olduğu üzere durumların hem milli hem de milletlerarası boyutları olduğuna kanaat getirmiştir.²⁷⁷ Bunun milli ve milletlerarası faktörlerin etkileşim içinde olduğu küresel ekonominin kaçınılmaz bir sonucu olarak görmektedir.²⁷⁸

²⁷⁵ *CMS Davası* : s.103.

²⁷⁶ *Ibid.*s.95, Crawford, *ILC Commentaries*, s.185, para.20

²⁷⁷ *CMS Davası*: s. 95.

²⁷⁸ *Ibid.*

Mahkemeye göre tespit edilmesi gereken Arjantin'in krize katkısının yeterince önemli olup olmadığıdır. Vardığı sonuç şudur: Kriz belirli bir idarenin ürünü değildir, kökleri 1980'deki bir önceki krize ve 1990'da giderek gelişen ve 2002 ve sonrasında doruk noktasına ulaşan hükümet politikalarına dayanmaktadır. Mahkeme Arjantin'in krize önemli miktarda katkıda bulunduğuna ve olağanüstü durumlar ile dışsal faktörlerin bunlara ek zorluklar getirdiğine karar vermiştir.²⁷⁹

Burada yine bir çelişki ile karşılaşmaktayız. Mahkeme daha önce Arjantin'in izlenebilecek alternatif politikaların hangisinin daha iyi olacağına ilişkin kararın görev alanı dışında kaldığını belirtmişken, burada Arjantin'in uzun dönem politikaları hakkında değerlendirmeler yapmakta, bu politikalar neticesinde krizin ortaya çıktığı sonucuna varmakta ve Arjantin'in eylemlerinden sorumlu olduğuna karar vermektedir.

3. CMS Kararının İptalinin Talep Edilmesi

ICSID tahkiminde verilen hakem kararına karşı yerel mahkemelerde iptal davası açılmayacağı gibi, bu karar temyize de tabi değildir.²⁸⁰ Ancak kararın iptal edilmesi talebinde bulunmak mümkündür. ICSID Andlaşması 52. Maddesi bunun için son derece kısıtlı sebepler öngörmüştür. Taraflardan birinin kararın iptalini talep edebileceği bu sebepler şunlardır:

- (a) Heyetin uygun bir şekilde oluşturulmadığı,
- (b) Heyetin yetkisi dahilinde olmayan bir konuda karar verdiği,
- (c) Heyet üyelerinden birinin yolsuzluğa karıştığı,
- (d) Mahkemenin temel kurallarından ciddi bir sapma olduğu,
- (e) Kararın gerekçelerinin ortaya konmadığı²⁸¹

Arjantin mahkemenin hem yetkisini aştığı hem de kararının gerekçelerini ortaya koyamadığı iddiası ile başvuruda bulunmuştur. Başvuruyu incelemek üzere kurulan Komite de Arjantin'in iddialarının madde 52(e)'ye girdiğini tespit etmiştir.

²⁷⁹*CMS Davası*: s. 95

²⁸⁰İlhan Yılmaz, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID*, İstanbul, Beta yay., 2004, s.43.

²⁸¹İlhan Yılmaz, *op. cit.*, s. 197, 198.

Mahkemenin vardığı sonuç Taslak madde 25'in koşullarından ikisinin karşılanmadığı gerekçesiyle Arjantin'in zarurete başvuramayacağıdır. Komite, kararın bu kısmını inceleyemeyeceğini çünkü buna yetkisi olmadığını belirtmiştir.

Komite önemli bir hususu tespit etmiştir: Buna göre mahkeme madde 11'i zaruret haline ilişkin örf ve adet kuralı ışığında yorumlamıştır ve eğer bu kuralın aradığı koşullar karşılanmamışsa Arjantin'in madde 11'e dayanan savunması da aynı şekilde reddedilecekti.²⁸² Komite böyle bir yol izlenmesi için gerekçenin yeterli olmadığı kanaatindedir. Eğer mahkeme açık bir gerekçe sunabilseydi, dikkatli bir okur bu akıl yürütmenin nasıl yapıldığını ve Arjantin'in de bu koşulları karşılamadığını anlayabilirdi. Mahkeme Arjantin'in öncelikle örf ve adet hukukuna dayanan savunmasını, ikinci olarak da madde 11'den kaynaklanan savunmasını çözümlenmiştir. Komite bu iki kural arasında bir karşılaştırma yapmıştır. Buna göre her ikisinde de benzer ifadeler olduğunu ancak madde 11'in bu koşulları daha spesifik hale getirdiğini tespit etmiştir. Ayrıca 11. Maddede aranan koşullar ile örf ve adet hukuku kuralında arananlar aynı değildir, bu bakımdan mahkeme açık bir hukuki hata yapmıştır.²⁸³ Mahkemenin yapması gereken öncelikle bu iki kural arasındaki ilişkiyi tespit etmek ve sonra bu dava açısından ikisinin aynı anda uygulanabilir olup olmadığını belirlemektir. Oysa ki mahkeme hiç böyle bir analiz yapmadan madde 11 ve Taslak madde 25'in aynı temelde olduğunu varsaymıştır ve böylece bir başka hata daha yapmıştır.

Komite'ye göre mahkemenin bu davada *lex specialis* niteliği nedeniyle yalnızca madde 11'i uygulaması gerekir. Ayrıca milletlerarası hukukta zaruret hali sorumluluğa ilişkin bir kural olması sebebiyle ikincil bir normdur. Mahkeme ikili yatırım anlaşmasından kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlal edilip edilmediğini ve 11. maddeye göre bu ihlalin mazur görülüp görülmediğini tespit etmekle yükümlüdür. Ancak mahkeme madde 11'i hatalı şekilde yorumlamış ve aslında madde 11'de sayılan koşulların sağlanıp sağlanmadığını hiç değerlendirmemiştir. Eğer komite bir temyiz makamı olarak çalışsaydı, kararı bu nedenlerle gözden geçirmek zorunda kalacaktı.

²⁸²CMS İptal Komitesi Kararı: s.32.

²⁸³Ibid. s..35.

Kararda yer alan hatalara rağmen mahkeme madde 11'i uygulamıştır. Bu uygulama hatalı ve yetersiz de olsa maddeyi uygulamıştır. Bu bakımdan açık bir yetki aşımı olmadığına karar verilmiştir.²⁸⁴

Bu bir temyiz yargılaması olmamasına ve Komite'nin de böyle bir yetkisi olmadığını ısrarla yinelemesine karşın Komite'nin adeta bir temyiz mercii gibi kararı incelemesi eleştiriye açık bir husustur. Komite'nin kararı değiştirme yetkisi yoktur ancak buna rağmen kararda hatalı gördüğü noktaları detaylıca açıklamaktadır.

4. LG&E Davası

Arjantin'in 2001 ve 2002 yıllarında aldığı olağanüstü önlemlere ilişkin olarak ICSID tahkimi önüne gelen ikinci dava LG&E Enerji Şirketi, LG&E Sermaye Şirketi ve LG&E Milletlerarası Şirketi tarafından açılan davadır. Davacıların başvurma sebebi iddialarına göre Arjantin'in aldığı önlemler ve özellikle çıkardığı olağanüstü hal kanununun LG&E'nin Arjantin'de yatırım yaptığı üç doğal gaz dağıtım şirketine ilişkin düzenlemeleri değiştirmiş olmasıdır.

Hakem mahkemesi bu davada CMS davasında görülenden farklı bir akıl yürütme ve bakış açısı sunmuştur. İlk olarak taslak madde 25'e değil, ikili yatırım anlaşmasınının 11. maddesinin yorumlanmasına yönelmiştir. Bu bağlamda maddenin esasa uygulanabilirliğini belirlemenin iki aşaması olduğunu belirtmiştir: İlk olarak ilgili dönemde Arjantin'in içinde bulunduğu koşullar altında devletin Andlaşmanının 11. Maddesindeki korumalara başvurmaya yetkili olup olmadığını, ikinci olarak ise Arjantin tarafından uygulanan önlemlerin andlaşmaya aykırı da olsa kamu düzenini veya temel güvenlik çıkarlarını korumak için gerekli olup olmadığını belirlemek.²⁸⁵

Bu iki aşamalı analizi yapmak için ilk olarak Andlaşmayı uygulayacağını, ikinci olarak gerekli olduğu ölçüde genel milletlerarası hukuku ve üçüncü olarak da Arjantin iç hukukunu uygulayacağını belirtmiştir.²⁸⁶ Tarafların iddia ve savunmaları

²⁸⁴ **Ibid.**s. 36.

²⁸⁵ *LG&E Davası*: s.253.

²⁸⁶ **Ibid.**

andlaşmaya dayanmaktadır ve andlaşma hükümlerinin yorumu ve uygulanmasına ilişkin olarak genel hukuka başvurulabilecektir.²⁸⁷

Bazı andlaşmalar öz-muhakeme kaydı (*self-judging clause*) içerir. Öz muhakeme kaydı, devletlerin kendi değerlendirmeleri ve takdirleri sonucu başvurdukları ve milletlerarası bir yükümlülükten kurtulmalarına ya da yükümlülüğün değiştirilmesine yarayan andlaşma hükmüdür.²⁸⁸ Örneğin bir andlaşmada kamu düzeninin ya da esaslı bir çıkarının tehlikede olduğu kanaatinde olan devletin andlaşmaki yükümlülüklerinden kurtulacağı hükmü yer alabilir. Burada devlete kendi kendine yaptığı muhakeme ile kamu düzeninin tehlikede olduğuna karar verebilme ve yükümlülüklerinden kurtulma imkanı tanınmaktadır. LG&E davasında da mahkeme öncelikle ikili andlaşmanın 11. maddesinin bir öz-muhakeme klozu niteliğinde olup olmadığını araştırmıştır. Bu sorunun cevabına göre durum şu şekilde değişecektir: Eğer 11. madde bir öz muhakeme kaydı ise, bu durumda mahkemenin yargılama yapmakla yetkili olduğu tek konu Arjantin'in eylemlerinde iyiniyetle hareket edip etmediği olacaktır. Aksi halde mahkeme esasa ilişkin detaylı bir analiz yapabilecektir. Mahkemeye göre bu ikisi arasında pek de bir nitelik farkı yoktur.²⁸⁹ Yani Arjantin'in eylemlerini iyiniyetle gerçekleştirmediğini araştırırken işin esasına da girmiş olacaktır. Sonuç olarak bunun bir öz muhakeme kaydı olmadığına karar verilmiştir.

İkili andlaşma 11. madde hükmünü bu dava için tekrar etmek gerekirse: *“Andlaşma her iki Tarafın kamu düzeninin korunması, milletlerarası barış ve güvenliğin korunması ve restorasyonuna dair yükümlülüklerin yerine getirilmesi veya kendi temel güvenlik çıkarlarının korunması için gereken önlemleri uygulamasını engellemez.”*

11. maddeye dayanan Arjantin kamu düzeninin sürdürülmesi ve temel güvenlik çıkarlarının korunması nedeniyle önlemler aldığını belirtmektedir. Herhangi bir yorum ışığında 2000-2002 yılları arasında yaşanan ekonomik krizin 11. maddeye

²⁸⁷ **Ibid.**

²⁸⁸ Stephan Schill, Robyn Briese, “If the State Considers: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement”, **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, Vol. 13, 2009, s. 61-140, s.68.

²⁸⁹ *LG&E Davası*: s.255, para.214.

başvurmaya yetecek ağırlıkta olduğunu savunmaktadır. Arjantin kamu düzenine ilişkin olarak ekonomik felakete dair raporları, milyonlarca işçinin katıldığı büyük grevleri, ölümcül çatışmaları, okulların işyerlerinin kapanıp ulaştırma, enerji, bankacılık ve sağlık hizmetlerinin durmasını örnek göstermekte, bu şartlar altında hükümetçe fiyatların kontrol altına alınmasının, gaz dağıtım sektöründeki fiyat artışının dondurulmasının 11. Madde hükmü altında meşru olduğunu ileri sürmektedir.²⁹⁰ Aldığı önlemlerin ayrıca temel güvenlik çıkarlarını da koruduğunu, 11. Maddede temel güvenlik çıkarları ile kastedilenin yalnızca askeri savunma çıkarları olmadığını bunun yanında ekonomik veya siyasi çıkarları da içerdiğini belirtmektedir.²⁹¹ Davacı ise temel güvenlik çıkarları ile kastedilenin yalnızca savunma çıkarları ya da askeri çıkarlar olduğunu, bu ifadenin ekonomik çıkarları içermediğini savunmaktadır.²⁹² Davacıya göre ekonomik kriz bir güvenlik çıkarı olarak değerlendirilemez, böyle bir değerlendirme andlaşmanın konu ve amacının göz ardı edilmesi anlamına gelecektir.²⁹³ Çünkü ikili yatırım andlaşması tam olarak ekonomik kriz zamanında yatırımcıları korumaktadır.²⁹⁴

Mahkeme Arjantin'in 1 Aralık 2000'den 26 Nisan 2003'e dek kamu düzeninin muhafazası ve temel güvenlik çıkarlarının korunması için önlemler alınmasını gerektiren bir kriz süreci yaşadığına karar vermiştir.²⁹⁵ Bu nedenle 11. Madde hükmüne göre bu tarihler arasında meydana gelen herhangi bir andlaşma ihlalden sorumlu tutulamayacaktır.²⁹⁶ Mahkeme Aralık 2001'deki koşulların kamu düzeninin bozulduğu ve Arjantin'in temel güvenlik çıkarlarının tehdit edildiği en ağır dönem olması sebebiyle bu dönemin başlangıcı olarak söz konusu tarihi belirlediğini ifade etmiştir. Ayrıca davacının 11. maddenin yalnızca askeri eylemler veya savaş döneminde uygulanabileceği yönündeki iddialarını da reddetmiştir.²⁹⁷ Arjantin'in olağanüstü hal kanununun gerekli ve hukuki bir önlem olduğu sonucuna varmıştır.

²⁹⁰ **Ibid.**, s. 255, para. 216.

²⁹¹ **Ibid.**, s. 255, 256, para.217.

²⁹² **Ibid.**, s.256, para.222.

²⁹³ **Ibid.**, s.256

²⁹⁴ **Ibid.**

²⁹⁵ **Ibid.**, s. 257

²⁹⁶ **Ibid.**, s. 258

²⁹⁷ **Ibid.**, s.259

Mahkeme, esasa uygulanacak temel hukuk kuralı olarak 11. maddeyi değerlendirdikten sonra, zaruret haline ilişkin örf ve adet hukuku kuralını incelemeye geçmiştir. 11. maddede sağlanan korumanın tek başına Arjantin'in sorumluluğunu kaldırdığını, milletlerarası hukukta yer alan zaruret hali kuralının ise mahkemenin vardığı bu sonucu desteklediğini belirtmiştir.²⁹⁸ Bu nedenle 25. maddeye vardığı sonucu desteklemek üzere başvurmuştur.

Mahkeme zaruret halinin ileri sürülebilmesi için üç koşul olduğunu belirtmektedir. Bunlar: 1. Devletin varlığına yönelik bir tehlike, 2. Tehlikenin devlet tarafından yaratılmamış olması, 3. Tehlikenin ciddi ve yakın olması, ve bunun sonucunda tehlikeden kaçınmak için başka yol bulunmaması.²⁹⁹ Görüldüğü gibi modern zaruret anlayışının aksine mahkeme devletin varlığına yönelmiş bir tehlike arayarak hatalı bir çıkarım yapmaktadır. Taslak madde 25'in yorumunda bu anlayışın doğal hukuk görüşünden kalan yanlış bir anlayış olduğu biçimindeki açıklamalara rağmen mahkemenin böyle bir değerlendirme yapması şaşırtıcıdır. Bu bakımdan hakem heyetinin zaruret haline ilişkin aradığı şartlar, CMS davasını gören hakem heyetinin aradığı şartlardan farklıdır. Ancak daha sonra tek tek unsurları incelemeye geçen mahkeme temel çıkarın devletin varlığına ilişkin çıkarlarından ibaret olmadığı, Ago'ya atıfla temel çıkarın ekonomi, ekoloji gibi farklı meselelere ilişkin olabileceği sonucuna varmaktadır.³⁰⁰ Crawford'un düşüncesini tekrar ederek somut olaydan bağımsız olarak "temel çıkar"a ilişkin bir ön tanım vermenin mümkün olmadığını ancak en azından konunun devletin varlığı olmadığına bilinmesi gerektiğini, meşru müdafanın amacının zaten devletin varlığını korumak olduğunu belirtmektedir. Hangi çıkarın daha temel ya da daha az temel nitelikte olduğunun devletin içinde bulunduğu özel koşullara göre belirlenebileceğini vurgulamaktadır.³⁰¹ Bu bakımdan mahkeme MHK'nin zaruret haline ilişkin açıklamalarını tekrar etmektedir.

Zaruret halinin pek çok koşulu bakımından yalnızca genel ilkeleri tespit etmekle yetinen mahkeme, Arjantin'in durumunun bunları karşılayıp karşılamadığına ilişkin bir açıklama getirmemektedir. Esasen buna çok da ihtiyaç yoktur, çünkü

²⁹⁸ **Ibid.**, s.261-262

²⁹⁹ **Ibid.**, s.263

³⁰⁰ **Ibid.**, s. 264

³⁰¹ **Ibid.**

madde 11'in şartları altında Arjantin'in sorumlu olmadığını mahkeme zaten belirlemiş, yalnızca bu sonucun sağlanmasını yapmaktadır. Ancak bazı şartlar bakımından Arjantin'in durumunu değerlendirmiştir. Örneğin devletin milletlerarası yükümlülüğünün zaruret haline başvurulmasını dışlamamasına ilişkin olarak 11. Maddenin zarurete başvurulmasına izin verdiği sonucuna varmıştır.³⁰² Devletin zaruret halinin meydana gelmesine katkıda bulunmamış olmasına ilişkin olarak ise Arjantin'in duruma katkıda bulunduğu kanıtlanmadığını, ayrıca Arjantin hükümetinin tutumunun mümkün olan tüm yollarla krizi yavaşlatma arzusunu gösterdiğini belirtmiştir.³⁰³ Ayrıca Arjantin'in aldığı önlemlerden diğer devletlerin temel bir çıkarının zedelendiği söylenemez.

Mahkemeye göre zaruret hali 1 Aralık 2001'de başlamış, 26 Nisan 2003'te ise sona ermiştir. İşte Arjantin'in sorumlu olmadığı önlemler bu dönemde alınan önlemlerdir. Bu dönemdeki zarara yatırımcı katlanacaktır. 26 Nisan 2003'ten sonrası zaruret halinin kapsamı dışındadır ve devlet bu tarihten itibaren aldığı önlemlerden sorumludur.³⁰⁴

Sonuç olarak mahkeme Arjantin'i (zaruret halinin geçerli olduğu dönemdeki eylemleri dışında) ikili yatırım anlaşmasını ihlal eden eylemlerinden sorumlu tutmuştur.

5. Zaruret Halinin Pratikte Ekonomik Krizlere Uygulanabilirliği

Doktrinde zaruret halinin köken olarak kuvvet kullanma ve meşru müdafaa hakkına dayandığı savunulmaktadır.³⁰⁵ Sahip olduğu bu öz nedeniyle zaruret halinin ekonomik alana aktarılması bazı karışıklıklara yol açmaktadır.³⁰⁶ CMS davasında lex specialis hükümlere ilişkin yapılan hata bir yana bırakılırsa, acaba hem CMS ve hem de LG&E hakem kararındaki bazı hata ve eksikliklerin nedeni Taslak Madde 25'te

³⁰²**Ibid.**, s.265

³⁰³**Ibid.**, s.265

³⁰⁴**Ibid.**, s.266

³⁰⁵ Paul Weidenbaum, "Necessity in International Law", **Transactions of the Grotius Society**, vol. 24, 1938, s.105-132, s.124.

³⁰⁶ Michael Waibel, "Two Worlds of Necessity in ICSID Arbitration: CMS and LG&E", **Leiden Journal of International Law**, Vol.20, 2007, s.637-648, s.641.

düzenlenen zaruret halinin ekonomik güçlüklerle uygulanmaya elverişli olmaması mıdır?

Hem Taslak madde 25'in yorumuna hem de çeşitli mahkeme kararlarına bakıldığında milletlerarası hukukta ekonomik güçlüklerin zaruret hali oluşturabileceği konusunda bir şüphe yoktur. İlkesel olarak ekonomik bir güçlüğü zaruret hali yaratabileceği kabul edilmiştir. Ancak CMS ve LG&E davalarında gördüğümüz gibi pratikte zaruret hali ekonomik güçlüklerle uygulanmaya kalkışıldığında bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır.

Bu davalarda zaruret halinin unsurları Arjantin'in içinde olduğu krize uygulanırken mahkeme pek çok unsur bakımından hiçbir gerekçe sunmadan tek cümleyle o unsurun olayda karşılandığı veya karşılanmadığına hükmetmiştir. Bunun bir nedeni de bu unsurları ekonomik alana uygulamada karşılaşılan güçlükler olabilir.

Zaruret halinin bir "zaman" boyutu vardır. Hukuka aykırılık zaruret içinde bulunulan sınırlı bir zaman dilimi açısından ortadan kalkar. Zaruret hali ortadan kalktıktan sonra yapılan hukuk ihlalleri mazur görülmez. Bu zamansal sınırlama bir kuvvet kullanma söz konusu olduğunda duruma tam olarak uyar.³⁰⁷ Ancak ekonomik bir kriz halinde bu zaman dilimi nasıl tespit edilecektir? CMS davasında mahkemenin herhangi bir süre belirlememesine karşılık, LG&E davasında mahkeme bu zaman dilimini 1 Aralık 2000 - 26 Nisan 2003 olarak belirlemiştir. Zaruret halinin bittiğini kabul ettiği tarihten itibaren meydana gelen ihlallerden Arjantin'in sorumlu olduğunu belirtmiştir.³⁰⁸ Ancak, neden bu tarihlerin geçerli olduğu konusunda tatmin edici bir açıklama yoktur.

CMS davasında mahkeme Arjantin'in izlediği politikaların krize önemli miktarda katkıda bulunduğu ve olağanüstü durumlar ile dışsal faktörlerin bunlara ek zorluklar getirdiğine karar vermişti.³⁰⁹ LG&E davasında ise mahkeme kısaca Arjantin'in zaruret hali ile sonuçlanan krize katkıda bulunduğu davacı tarafından

³⁰⁷ Waibel, **op. cit.**, s. 642.

³⁰⁸ *LG&E Davası*: s.257.

³⁰⁹ *CMS Davası* : s.95.

kanıtlanmadığını belirtmiş³¹⁰, böylece ispat yüküne ilişkin kesin olmayan bir kurala dayanarak esasa ilişkin incelemenin yokluğunu kapatmaktadır.³¹¹ Waibel, bunun kanıtlanmasının zaten imkansız olduğunu, kanıtlanırsa bile mahkemenin devletin makro ekonomik politikaları üzerinde yargılama yetkisinin bulunmadığını belirtmektedir.³¹² Ekonomistler bu krizin nedenleri ve çözümleri üzerinde 20 yıl sonra bile hala tartışırken bir ICSID hakemliğinin iç ve dış sebepleri çözmesi mümkün değildir.³¹³ Reinish ise her iki kararın da katkıda bulunmama unsurunu analiz etmekte başarısız olduğunu yazmıştır.³¹⁴

Benzer şekilde, tehlikeden kaçınmak için alternatif yollar bulunmaması konusu da makroekonomik politikaları ve devletin tasarruflarını ilgilendirmektedir. Her iki davada da hakem mahkemeleri Arjantin hükümetinin izlediği politika çerçevesinde aldığı önlemlerin doğruluğunu yargılama yetkisi olmadığını altını çizmiştir. Ancak alternatif yollar olup olmadığına bakacaktır ve CMS davasında mahkemenin vardığı sonuç, Arjantin'in başvurabileceği alternatif yollar olduğudur.

Zaruret halinin eylemin tehlikeden kaçınmanın tek yolu olması şartı, kanımızca ekonomik alana uygulandığında en fazla güçlük yaratacak şarttır. Çünkü bir alternatif yolun varlığı tespit edildikten sonra ikinci adımda mahkeme bu yola başvurulmasının daha doğru olup olmadığını değerlendirme yetkisine sahip olmadığından, “alternatif yol vardır” sonucu otomatikman zaruret haline başvurulmasını engelleyecektir. Devletin yalnızca bir seçeneği olduğu durumlar ise çok nadirdir.³¹⁵

C. Zaruret Hali ve Kuvvet Kullanma

Zaruret hali ve kuvvet kullanma arasındaki ilişki birçok davada gündeme gelmiş, kuvvet kullanma yasağının *jus cogens* niteliği, Ago'nun kuvvet kullanma

³¹⁰ *LG&E Davası*: s.265.

³¹¹ August Reinish, “Necessity in Investment Arbitration”, **Netherlands Yearbook of International Law (Necessity Across International Law)**, Vol.41, 2010, s. 13 Waibel, **op. cit.**, s.642.

³¹² Waibel, **op. cit.**, s.642

³¹³ **Ibid.**, s.643.

³¹⁴ Reinish, **op.cit.**, s.12.

³¹⁵ Waibel, **op. cit.**,s.646.

yaşasına dair yaptığı eylemin ağırlığına dayalı ikili ayırım gibi pek çok açıdan tartışılan bir konudur. Esasen tüm bunlar ile cevaplanmak istenen soru, “Zaruret haline dayanarak kuvvete başvurmak mümkün müdür?” sorusudur.

Böyle bir soru sorulduğunda ilk akla gelen Birleşmiş Milletler Şartı m. 2/4’te düzenlenen kuvvet kullanma yaşağı ve bunun istisnası olan meşru müdafaa hakkıdır. Madde 2/4’te devletlerin kuvvete başvurması katı biçimde yasaklanmış, ancak meşru müdafaa durumunda bu hukuka uygun sayılmıştır. Şartta yalnızca bu istisnaya yer verilmesi başka hiçbir istisna kabul edilmediği, örneğin zaruret haline başvurarak kuvvet kullanılmayacağı anlamına mı gelmektedir? Ago mantıksal olarak Birleşmiş Milletler Şartı madde 51’den diğer hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumların dışlanmak istendiği anlamı çıkarılamayacağını söylemiştir.³¹⁶

BM Şartı m. 2/4’te yer alan yaşağın mutlak bir yasak olmadığına ilişkin görüşler yeni değildir. Maddede yer alan “devletin ülke bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığını karşı” ifadesi farklı yorumlara yol açmıştır. Bir görüşe göre Şart genel olarak kuvvet kullanmayı değil, “bir devletin ülke bütünlüğüne ve siyasi bağımsızlığına karşı” veya “BM’nin amaçları ile bağdaşmayan bir biçimde” kuvvet kullanmayı yasaklar.³¹⁷ Toluner, bu nitelikte olmayıp bir hakkın elde edilmesi amacına yönelik kuvvet kullanma eylemlerinin Şart’a aykırı olmadığı görüşünü doğrulanması güç bir görüş olarak değerlendirmektedir.³¹⁸ Çünkü bir hakkın elde edilmesi için kuvvet kullanmak bir devletin ülke bütünlüğü veya siyasi bağımsızlığına yönelik olmasa da BM’nin barışın bozulmaması, tehdit edilmemesi, milletlerarası uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümlenmesi gibi amaçlarına aykırıdır.³¹⁹

Kuvvet kullanma yaşağı çoğunluk itibarıyla milletlerarası hukukun bir *jus cogens* normu olarak kabul edilir. Sorumluluğa İlişkin Taslak Maddeler’in 26.’sında ise tüm hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlar bakımından genel bir sınırlama getirilmiş ve *jus cogens* bir norma aykırılık halinde hiçbir nedene başvurarak hukuka

³¹⁶Ago Raporu: s.41, para.59

³¹⁷Toluner, **Kıbrıs Uyuşmazlığı**, s. 148’den naklen J. Stone, **Agression and World Order**, 1958, s. 94-98.

³¹⁸Toluner, **Kıbrıs Uyuşmazlığı**, s. 148.

³¹⁹**Ibid.**

aykırılığın giderilemeyeceği belirtilmiştir. Bu durumda diğer bir soru “Kuvvet kullanmanın *jus cogens* niteliği nedeniyle zaruret haline başvurulamaz mı?”, sorusudur.

Zaruret haline ilişkin yaptığı değerlendirmelerin önemli bir bölümünü kuvvet kullanmaya ayıran MHK kuvvet kullanma yasağının *jus cogens* niteliğini kabul eder, ancak ikili bir ayırım yapar. Buna göre kuvvet kullanmanın belli bir ağırlığa ulaşmamış ya da “saldırı niyeti” taşımayan biçimleri *jus cogens* bir normun ihlali sayılmaz.³²⁰ Burada kuvvet kullanmanın ağırlığına göre bir eşik konulmakta saldırı, fetih ve zorla ilhak gibi ağır fiiller bu eşiği aşarak *jus cogens* normun ihlali olmakta, eşiğin altında kalan daha hafif fiiller de devletin ülkesel bütünlüğünü ihlal etmekle birlikte, saldırı fiili (*act of aggression*) veya *jus cogens* bir yükümlülüğün ihlali olarak değerlendirilmemektedir.³²¹ Kanımızca burada ayırt edici özellik bu fiillerin o devlete karşı “saldırı” amacı taşıması, meşru bir menfaatin korunması niyetiyle yapılmasıdır.

Esasında burada kuvvet kullanma ve zaruret hali arasındaki ilişkiyi incelememize imkan tanıyan husus da yapılan bu ikili ayırımdır. Eğer kuvvet kullanmanın bütün biçimlerinin *jus cogens* kurallara aykırı olduğu kabul edilse idi bu durumda zaruret haline başvurularak fiilin hukuka aykırılığının ortadan kalkıp kalkmadığının tartışılması anlamsız olacaktı. Ancak belli bir ağırlığa ulaşmamış fiillerin *jus cogens* bir normu ihlal etmediği kabul edilmekle, bir kısım fiiller “emredici kurallara aykırı olmama” şartını düzenleyen Taslak Madde 26 hükmünün dışında bırakılmaktadır. Böylelikle bu tip fiillerin zaruret sebebiyle hukuka uygun hale getirilip getirilemeyeceğinin tartışılması gerekmektedir.

Başka bir devlete karşı saldırı amacı taşımayan ve meşru bir menfaatin korunması niyetiyle yapılan bu gibi fiillere MHK’nin gösterdiği örnekler şunlardır:

“- ülkesine saldırmaya hazırlanan silahlı grupların zararlı eylemlerini önlemek için yabancı bir devletin ülkesine girilmesi;

³²⁰MHK Raporu (1980), s.44, para.23

³²¹Ibid., ayrıca Bkz. Boed , **op. cit.**,s.33

- sınırı geçerek yabancı devletin ülkesine giren ve belki de merkezi orada bulunan silahlı bir grubun veya suç çetesinin takip edilmesi sırasında yabancı devlet ülkesine girilmesi;

- devlet otoritesi ve kontrolü altında bulunmayan düşman güçlerce yahut gruplarca saldırıya uğrayan veya alıkonulan vatandaşların veya diğer kişilerin hayatlarının korunması için yabancı devlet ülkesine girilmesi;

- sınırın ötesinde meydana gelme veya sınırın ötesine sıçrama tehdidi taşıyan tehlikelerin kaynağını ortadan kaldırmak veya etkisiz hale getirmek için yabancı devlet ülkesine girilmesi”³²²

MHK kuvvet kullanma yasağının yalnızca en ciddi kuvvet kullanma sayılan “saldırı”yı (*aggression*) içermediğini; bunların yanında daha az ciddi eylemlerin de “saldırı eylemi” kategorisinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.³²³

Doktrin ve uygulama kuvvet kullanma konularında zarurete başvurulmasına temkinle yaklaşmıştır. Korfu Kanalı davasındaki karşı görüşünde Yargıç Krylov, BM Şartı’nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, kuvvet kullanma yoluyla hakkın elde edilmesi hakkı(*self-help*) adıyla anılan ve bazı Alman yazarlarca savunulan hakka bundan böyle başvurulamayacağını, artık bunun yürürlükten kalktığının kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.³²⁴ Ancak mahkeme kararları ve yukarıda bahsettiğimiz, daha sonra MHK’nin yorumu olarak Taslak Maddeler’de yer alan görüşler bunun böyle olmadığını göstermektedir.

Zaruret haline imkan tanıyan ve belli bir ağırlığa ulaşmamış kuvvet kullanımlarından oluşan özel alan nedeniyle Agius zaruret hali meşru müdafaaanın bir alternatifi midir sorusunu sormuştur.³²⁵ Bazı yazarlara göre, BM Şartı milletlerarası terör saldırılarına karşı önleyici tedbirler alınmasına izin vermemektedir, ve zaruret

³²²MHK Raporu (1980), s.44, para.23

³²³MHK Raporu (1980), s.44, para.23

³²⁴Korfu Kanalı Davası, *Corfu Channel case*, Judgment of April 9th, 1949: ICJ Reports 1949, s. 77, ayrıca bkz. Andreas Laursen, “The Use of Force and (the State of) Necessity”, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol.37, 2004, s.485-504, s.508.

³²⁵ Agius, **op. cit.**, s.55

hali bu konuda ihtiyaç duyulan emniyet subabı işlevini sağlayabilir.³²⁶ Milletlerarası Adalet Divanı bir devletçe terörizmin ve terörist grupların finansmanının Birleşmiş Milletler Şartı 51. Maddesine göre “silahlı saldırı” kavramının dışında kaldığı ve meşru müdafaa hakkının konusunu oluşturmadığı yorumunu yapmıştır.³²⁷ Meşru müdafaa hakkının başka bir Devlet tarafından yapılacak pek yakın bir silahlı saldırı durumunda kabul edilmesi nedeniyle, zaruret haline dayanarak teröristlerin etkin olduğu devletlere yapılacak eylemlerin hukuka uygun hale getirilebileceği³²⁸, meşru müdafaa doktrininin genişletilmesindenense gereken önlemlerin zaruret hali adı altında alınmasının daha tercih edilebilir olduğu savunulmaktadır.³²⁹ Akademik makalelerde, birtakım boşluklardan yararlanma yoluyla zaruret halini kötüye kullanma yollarının önerilmesi, bunun hukuki zeminde meşru müdafaaya göre esneklikler sağlayabileceğinin³³⁰ ve ispat yükü bakımından devlet ile terörist gruplar arasında bağlantı kurmanın bile gerekmediğinin³³¹ belirtilmesi kanımızca kabul edilebilir değildir. Öncelikle böyle bir yola başvurularda meşru müdafaa, zaruret hali adı altında yine genişletilmiş olmaktadır. İkincisi, esnek olmasının bir avantaj gibi gösterildiği zaruret hali tam aksine negatif bir dille yazılarak ve sıkı şartlar getirilerek kötüye kullanmalara karşı korunmak istenmiş, bu durum açıkça belirtilmiştir. Meşru müdafaa hakkının önleyici meşru müdafaa ile son derece genişletildiği bir zeminde bir de zaruret halini pratikte sağladığı imkanlardan yararlanmak için kullanmak, terörizmi bahane ederek kuvvet kullanılabilmesine imkan tanıyacaktır. ICSID tahkiminde görülen CMS ve LG&E davalarında Taslak Madde 25’in ekonomik alanda bazı olumsuz sonuçlara yol açtığını belirtmiştik. Kuvvet kullanma gibi kritik bir alanda benzeri neticelerin etkileri çok daha ağır olacaktır.

³²⁶ John A. Romano, “Combating Terrorism and Weapons of Mass Destruction: Reviving the Doctrine of a State of Necessity”, *Georgetown Law Journal*, Vol.87, 1999, s.1023-1057, s.1045-1046, Agius *op. cit.*,s.55.

³²⁷ 1986 tarihli *Nikaragua’ya Karşı Militer ve Paramiliter Faaliyetler Davası, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Judgment, ICJ Reports 1986, s. 103-4

³²⁸ Agius, *op. cit.*, s.56.

³²⁹ Romano, *op. cit.*, s.1025 ve 1053.

³³⁰ I. Johnstone, “The Plea of Necessity in International Legal Discourse: Humanitarian Intervention and Counter-Terrorism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol.43, 2005, s.337-388, s.387.

³³¹ Romano, *op. cit.*,s.1051.

MAD oldukça yakın tarihli *Duvar İnşası danışma görüşünde*³³², İsrail'in Batı Şeria'da inşa ettiği duvarın silahlı çatışmalar hukukuna uygunluğunu incelemiştir. İsrail herhangi bir hukuka aykırılığı ortadan kaldıran neden ileri sürmemekle birlikte, kendisine yönelik büyük bir terörist saldırı tehdidi olduğunu belirtmiş, duvarın inşasına başlamadan önceki ve başladıktan sonraki saldırılara ilişkin istatistikler sunmuş, duvarın inşasına başlanmasıyla saldırıların azaldığını ve bunda duvarın çok önemli bir rolü olduğu öne sürmüştür.³³³ İsrail tarafından sunulan bilgiler ışığında mahkeme re'sen hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olup olmadığını incelemiştir.³³⁴ İsrail'in saldırıların bir devlete isnat edilebilir olduğu yönünde bir iddiası olmaması sebebiyle meşru müdafaa başvurulamayacağına karar vermiştir.³³⁵ Bunun yerine zaruret halinin uygulanabilir olup olmadığını incelemiştir. Meşru müdafaa ve zaruret halinin geniş bir uygulama alanı olmakla birlikte, özellikle ihlal edilen çıkar sivillerin hayatını savunmak veya Devleti yok olmaktan korumak söz konusu olduğunda uygulanmaktadırlar.³³⁶ Meşru müdafaa - zaruret hali ilişkisinin görüldüğü bir diğer dava ise *Caroline davası* olup, MHK de bu davada bir zaruret halinin söz konusu olduğunu tespit etmektedir.³³⁷

Duvar İnşası danışma görüşünde Divan “duvarın inşası için çizilen rotanın İsrail'in çıkarlarını tehlikeden korumanın tek yolu olduğuna ikna olmadığını belirtmiş³³⁸ ve İsrail'in duvar inşasının hukuka aykırılığını zaruret haline dayanarak ortadan kaldıramayacağına karar vermiştir. Netice itibariyle İsrail'in Batı Şeria'da duvar inşa etmesinin silahlı çatışmalar hukukunu ihlal ettiği şeklinde görüş sunmuştur.

Divan'ın danışma görüşü kuvvet kullanmaya ilişkin kuralların hem birincil norm hem de *lex specialis* olduğunu göz ardı etmesi sebebiyle eleştirilmektedir: Silahlı çatışmalar hukukunda zaruret haline zaten özel olarak düzenlenmiş “gerekli”

³³²*Duvar İnşası Danışma Görüşü*: s. 136.

³³³ Agius, **op. cit.**, s.58

³³⁴*Duvar İnşası Danışma Görüşü*: s.194

³³⁵**Ibid.**, para.139

³³⁶ Agius, **op. cit.**, s.58

³³⁷*MHK Raporu (1980)*, para.24.

³³⁸*Duvar İnşası Danışma Görüşü*, para. 195

ve “ölçülü” olma şartları getirilmiştir.³³⁹ MAD bizzat silahlı çatışmalar hukukunu *lex specialis* olarak değerlendirdiği için, bu kararında da Taslak Maddeleri uygulanamaz bulması gerektiği savunulmaktadır.³⁴⁰ Ancak Divan’ın bu danışma görüşü genel bir zaruret mazeretinin bazı zamanlarda silahlı çalışmalar hukuku kapsamında milletlerarası yükümlülüklerin ihlalini meşru kılabileceği biçimindeki *Nükleer Silahlardan* danışma görüşü ile uyum göstermektedir. Bu görüşünde de re’sen hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlara değinen Divan, “silahlı çatışmalar hukukuyla çok az uzlaştırılabilir olan nükleer silahlar, Devletin temel varlığının tehlikede olduğu ekstrem bir meşru müdafaa halinde hukuka uygun sayılabilir” demiştir.³⁴¹ Bu ifade klasik dönem zaruret kavramını hatırlatmaktadır ve silahlı çatışmalar hukukunun olmadığı bir dönemden alınarak, silahlı çatışmalar hukukunun hem var olduğu hem de *lex specialis* nitelik taşıdığı bir döneme aktarılmıştır.³⁴²

Devletler tarafından insani müdahale kapsamında da zaruret haline başvurulduğu olmuştur. Belçika 1999’da NATO’nun Sırbistan’a düzenlediği hava hareketına katılmasıyla ilgili olarak zaruret halini öne sürmüştür.³⁴³ NATO hareketinin amacı Kosova’nın Arnavut çoğunluğunu katliamdan korumaktır.³⁴⁴ Harekatın ahlaki boyutu ne olursa olsun, genel kanı NATO’nun BM Şartı ve örf ve adet hukukuna göre silahlı çatışmalar hukuku kurallarını ihlal ettiğidir.³⁴⁵ Belçika’nın vekili Ruşen Ergeç NATO’nun eyleminin normalde BM Şartı madde 2/4’ü ihlal edeceğini, ancak zaruret halinin hukuka aykırılığı kaldırdığını

³³⁹ Sloane, **op. cit.**, s.58 dipnot 313’ten *Petrol Platformları Davası, Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 2003, s. 196. Bkz. Tütüncü **et. al.**, *Milletlerarası Adalet Divanı Kararları (1990-2007)*, İstanbul, Beta yay., 2008, s.119. Amerikan Deniz Kuvvetleri’ne ait birkaç geminin İran Milli Petrol Şirketi tarafından ticari amaçlarla işletilen kıyı açığındaki üç petrol üretim tesisine saldırması ve zarar vermesi üzerine çıkan uyuşmazlıktır. Her iki taraf da diğerinin kuvvet kullanmaya dair milletlerarası yükümlülükleri ihlal ettiğini öne sürmüştür.

³⁴⁰ Sloane, **op. cit.**, s.58

³⁴¹ 1996 tarihli *Nükleer Silahların Kullanılması veya Hukuka Uygunluğuna Dair Danışma Görüşü, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Adv. Op., ICJ Reports 1996, s.262, 266.

³⁴² Sloane, **op. cit.**, s.57.

³⁴³ *Kuvvet Kullanmanın Hukukiliğine İlişkin* Federal Yugoslavya Devleti’nin NATO üyesi on ülkeye karşı açtığı davalar’dan Belçika’ya karşı açılan dava : *Legality of Use of Force* (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2004, s.279. Bkz. Tütüncü **et. al.**, **op. cit.**, s.107 vd.

³⁴⁴ **Ibid.**, s.109

³⁴⁵ Sloane, **op. cit.**, s.56.

savunmuştur.³⁴⁶ Ancak MHK'nin yaptığı kuvvet kullanmanın farklı seviyelerine ilişkin ayırım Divan önünde öne sürülmemiştir.

Ergeç zaruret haline ilişkin şöyle bir tanım öneriyordu: “*Yakın ve ağır bir tehlike karşısında, ihlal edilen kuralın koruduğu değerlerden daha yüksek değerlerin korunması için, yükümlülük getiren bir kuralın ihlalini haklı kılan sebep*”. Böylece Ergeç BM Şartı'nın kuvvet kullanmaya ilişkin yasağının yerini daha yüksek değerde olduğunu düşündüğü insan hakları ihlallerine karşı koruma prensibine bırakması gerektiğini savunmuştur.³⁴⁷

Sloane bu argümanın iki sebeple sorunlu olduğunu altını çizmektedir: Birincisi MHK'nin de yorumunda belirtildiği gibi zaruret hali birincil normlarla düzenlenen tasarrufları kapsamak amacıyla değildir ve kuvvet kullanmaya ilişkin kurallar da bu niteliktedir.³⁴⁸ Bu nedenle genel bir zaruret hali olaya uygulanamaz. İkincisi, Ergeç her ne kadar insan hakları ihlallerini önlemenin kuvvet kullanma yasağından daha yüksek bir değer taşıdığını savunsa da, kuvvet kullanma yasağı “daha az değerli” olmaktan uzak, jus cogens niteliği hakkında en az tartışma bulunan kuraldır.³⁴⁹

Başka bir görüşe göre ise MHK'nin jus cogens'i ihlal eden ve etmeyen kuvvet kullanma şeklindeki ikili ayrımı sayesinde zaruret hali insani müdahaleye uygulanabilir.³⁵⁰ Ancak Crawford bunun sorumluluk hukuku kapsamında meseleleri çok karmaşık hale getireceğini belirtmiştir.³⁵¹ MHK ise insani müdahaleye ilişkin kuralların kuvvet kullanma kapsamında birincil normların bir parçası olduğunu ve sorumluluk hukukuna dair ikincil kurallar arasında bulunmadığını belirtmiştir.³⁵²

³⁴⁶ *Legality of Use of Force* (Serbia and Montenegro v. Belgium), Request for the Indication of Provisional Measures, 1999 I.C.J. 124 (June 2) (oral pleadings) (Ruşen Ergeç), (Çevrimiçi) <http://www.icj-cij.org/docket/files/105/4515.pdf>, 30.06.2013.

³⁴⁷ *Ibid.*, s.124.

³⁴⁸ Crawford, *ILC Articles*, s.185, para. 21. Sloane'e göre bu durumda lex specialis norm mevcuttur. Ancak yorumda açıkça lex specialis ifadesi kullanılmamış, bunun yerine birincil yükümlülükler ile getirilen düzenlemelerden bahsedilmiştir. Bu nedenle bu görüşü aktarırken yazarın MHK'nin yorumuna ilişkin yaptığı değerlendirmeyi değil, MHK yorumunun kendisini esas aldık.

³⁴⁹ Sloane, *op. cit.*, s.57

³⁵⁰ Agius, *op. cit.*, s.60

³⁵¹ Second report on State Responsibility by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, 51th Session of the ILC (1999), UN Doc. A/CN.4/498, s.30.

³⁵² *Report of the ILC on the work of its fifty-first session*, UN Doc. A/54/10, s.82.

Bazı yazarlar MHK'nin insani müdahaleye ilişkin olarak kesin konuşmaktan kaçındığını, somut olayda şartlar karşılanırsa bir eylemi zaruret hali kapsamında değerlendirmenin imkansız olmadığını belirtmektedir.³⁵³

Ago'nun BM Şartı'nın kuvvet kullanma yasağına karşı meşru müdafaadan başka istisnaları yasaklamadığı biçimindeki yorumuna karşın Rytter bunun aksini savunmaktadır. Yazara göre BM Şartı'nın amacı bağımsız devletler arasındaki kuvvet kullanımını sıkı biçimde düzenlemek olduğu için, Şartın istisnai bir neden olarak zaruret haline izin vermeyecek bir belge olduğu değerlendirilmesi yapılabilir³⁵⁴Yazar MHK tarafından formüle edilen zaruret hali yerine belki de teamüli zaruret kavramından türeyen hukuki-politik bir ad hoc insani zaruret kavramına ihtiyaç olduğunu belirtmektedir.

SONUÇ

³⁵³ Laursen, *op. cit.*,s.513, Johnstone, *op. cit.*, s.348

³⁵⁴J. E. Rytter, "Humanitarian Intervention without the Security Council: From San Francisco to Kosovo- And Beyond", *Nordic Journal of International Law*, Vol.71, 2001, s.121-160, s.133.

Geçmişte devletlerin kendini koruma hakkını öne sürerek gerçekleştirdiği bazı eylemler nedeniyle kendisine şüpheyle bakılan zaruret hali, MHK'nin çalışmaları neticesinde bugünkü biçimini almıştır. Artık zaruret hali devletin varlığı tehlikede olduğunda kullanabileceği sınırsız bir hak anlamına gelmemektedir. Tersine belirli şartlara bağlanmış ve madde metninde negatif bir dille kaleme alınmış istisnai bir durumdur.

Kavram kodlaştırılırken geçmişteki temel haklar doktrini tamamıyla terk edilmiş, söz konusu anlayışın doğru olmadığı vurgulanmıştır. Ancak her ne kadar geçmişte meydana gelen kötüye kullanmaların önüne geçmek için kavram sıkı şartlara bağlanmak istense de, modern zaruret hali halen son derece belirsiz unsurlara dayanmaktadır: Örneğin devletin “temel çıkarları”nın neler olduğu açık değildir. Bu çevresel, ekonomik ya da herhangi bir türde çıkar olabilir. MHK'ye göre her somut olayda söz konusu çıkarın “temel bir çıkar olup olmadığı değerlendirilmelidir. Madde metni ya da MHK yorumu buna ilişkin bir kriter getirmemektedir. Konu tamamıyla davayı gören mahkemenin değerlendirmesine bırakılmıştır. Kanımızca bu durum geçmişte kendini koruma hakkına yöneltilen haklı eleştirilerin devam etmesine yol açacaktır. MHK her ne kadar zaruret haline başvurulmasını sıkı şartlara bağladığını öne sürse de, somut olaya uygularken çıkabilecek sorunların azımsanmayacak miktarda olduğu görülmektedir. Anlamı belirsiz diğer bir unsur “yakın ve ağır tehlike” unsurudur. MHK'nin buna ilişkin de tatmin edici bir açıklaması yoktur. MHK zaruret halinin uygulanmasını tamamıyla mahkemelerin tasarrufuna bırakmayı amaçlamış görünmektedir. Ancak “eylemin çıkarı korumanın tek yolu olması” şartına ilişkin olarak MHK olası sorulara oldukça etkili cevaplar sunmuştur: Buna göre zaruret halini öne sürebilmek için milletlerarası yükümlülüklerle uygun olarak başvurulabilecek başka herhangi bir yol ile - *bu yol çok daha masraflı bile olsa*- tehlikeden kaçınmamak gerekir. MAD **Gabcikovo Nagymaros Projesi** davasında benzer bir değerlendirme yaparak hukuka aykırı eylemin menfaati korumada yegâne yol olup olmadığının belirlenmesinde bu alternatif yolların maliyetinin belirleyici bir faktör olmadığını ifade etmiştir.

Devletin varlığına yönelen tehlike şartının ortadan kalkarak temel herhangi bir çıkar kriterinin getirilmesi ile zaruret halinin pek çok özel alana uygulanması

mümkün hale gelmiştir. MHK de ekonomik, çevresel veya kuvvet kullanma gibi pek çok konuya zaruret halinin uygulanmasında bir sınırlama olmadığını vurgulamaktadır. Ancak kavramın özellikle ekonomik alana ve kuvvet kullanma alanına uygulanması pek çok sorun ve tartışmayı beraberinde getirmiştir. *Lex specialis* hükümlerin öncelikle uygulanacağı, ancak böyle bir hüküm bulunmadığında genel zaruret halinin uygulanabileceği kuralına rağmen *lex specialis* hüküm bulunan bir durumda bile ICSID tarafından genel zaruret halinin olaya uygulandığı görülmüştür. Taraflar arasında yapılan özel bir anlaşmaya konan zaruret halinin varlığına rağmen, genel zaruret haline ilişkin kuralın üstün/öncelikli sayıldığı CMS davasında İptal Komitesi hakem heyetinin açık bir hukuk hatası yaptığını tespit etmiştir. Arjantin'in 2001-2002 senelerinde yaşadığı ekonomik krize dayanan ve ICSID'de görülen bu davalardan bir diğerinde aynı vakıalar söz konusu olmasına rağmen mahkeme farklı sonuca varmıştır. Bu durum nedeniyle söz konusu iki davayı karşılaştıran sayısız eser ve inceleme yayınlanmış ve sonucunda acaba genel zaruret hali ekonomik sahaya uygulanmaya elverişli değil mi sorusu sorulmuştur.

Gerçekten de kağıt üzerinde belirli şartlara bağlanmış olan zaruret hali, somut olaya uygulamaya gelince pek çok soruna yol açmaktadır. Vardığımız sonuca göre mahkemeler zaruret halini somut olaya uygularken büyük güçlüklerle karşılaşmaktadır. Örneğin zaruret halinin bir “zaman” boyutu vardır. Bu şu anlama gelir: Hukuka aykırılık zaruret içinde bulunan sınırlı bir zaman dilimi açısından ortadan kalkar. Zaruret hali ortadan kalktıktan sonra yapılan hukuk ihlalleri mazur görülmez. Bu zamansal sınırlama bir kuvvet kullanma söz konusu olduğunda duruma tam olarak uyar. Ancak ekonomik bir kriz halinde bu zaman dilimi nasıl tespit edilecektir? CMS davasında mahkemenin herhangi bir süre belirlememesine karşılık, LG&E davasında mahkeme belirli tarihler arasında zaruret halinin geçerli olduğuna karar vermiştir. Ancak neden bu tarihlerin geçerli olduğu konusunda tatmin edici bir açıklama yoktur. Ekonomik bir kriz söz konusu olduğunda başlangıç ve bitiş tarihleri hangi kriterlere göre belirlenecektir?

Yine zaruret halinin bir diğer unsuru olan “zaruret durumuna katkıda bulunmama” şartının ekonomik krizlere uygulanması problem yaratmaktadır. Çünkü

bir görüŖe göre bunun kanıtlanması zaten imkansızdır; kanıtlanması mümkün olsa bile mahkemenin devletin makro ekonomik politikaları üzerinde yargılama yetkisi bulunmamaktadır. Ekonomistler bu krizin nedenleri ve çözümleri üzerinde 20 yıl sonra bile hala tartışmaktadır. Mahkemeden bu tespiti yapmasını beklemek pek gerçekçi bir yaklaşım değildir.

Benzer şekilde, tehlikeden kaçınmak için alternatif yollar bulunmaması konusu da makroekonomik politikaları ve devletin tasarruflarını ilgilendirmektedir. Her iki davada da hakem mahkemeleri Arjantin hükümetinin izlediği politika çerçevesinde aldığı önlemlerin doğruluğunu yargılama yetkisi olmadığını altını çizmiştir. Ancak alternatif yollar olup olmadığına bakacaktır ve CMS davasında mahkemenin vardığı sonuç Arjantin'in başvurabileceği alternatif yollar olduğudur.

Zaruret halinin eylemin tehlikeden kaçınmanın tek yolu olması şartı kanımızca ekonomik alana uygulandığında en fazla güçlük yaratacak şarttır. Çünkü bir alternatif yolun varlığı tespit edildikten sonra ikinci adımda mahkeme bu yola başvurulmasının daha doğru olup olmadığını değerlendirme yetkisine sahip olmadığından, “alternatif yol vardır” sonucu otomatikman zaruret haline başvurulmasını engelleyecektir.

Zaruret halinin kuvvet kullanma alanına uygulanması ise son derece enteresan tartışmalara yol açmıştır. Milletlerarası hukukta zaruret halinin kuvvet kullanma yasağına meşru müdafaa dışında bir istisna oluşturduğu, devletlerin belirli ağırlığın altındaki kuvvet kullanma eylemleri bakımından zaruret halini öne sürebileceği iddia edilmiştir. Bunun nedeni ise MHK tarafından yapılan ikili ayırmadır. Buna göre kuvvet kullanmanın belli bir ağırlığa ulaşmamış ya da “saldırı niyeti” taşımayan biçimleri *jus cogens* bir normun ihlali sayılmaz. Burada kuvvet kullanmanın ağırlığına göre bir eşik konulmakta saldırı, fetih ve zorla ilhak gibi ağır fiiller bu eşığı aşarak *jus cogens* normun ihlali olmakta, eşığın altında kalan daha hafif fiiller de devletin ülkesel bütünlüğünü ihlal etmekle birlikte, saldırı fiili veya *jus cogens* bir yükümlülüğün ihlali olarak değerlendirilmemektedir.

Aslında bu fiillerin de kuvvet kullanma yasağını ihlal ettiği kabul edilmektedir; ancak bu ihlalin *jus cogens* bir normun ihlali ağırlığına ulaşmaması

nedeniyle zaruret hali öne sürülerek fiilin hukuka uygun hale getirilmesinin mümkün olduğu öne sürülmektedir. Bazı yazarlar tarafından zaruret halinin hukuki zeminde meşru müdafaya göre esneklikler sağlayabileceği ve ispat yükü bakımından devlet ile terörist gruplar arasında bağlantı kurmanın bile gerekmediği belirtilmektedir. Kanımızca akademik makaleler birtakım boşluklardan yararlanma yoluyla zaruret halini kötüye kullanma yollarının önerilmesi kabul edilebilir değildir. Öncelikle böyle bir yola başvuru olarak meşru müdafaa zaruret hali adı altında yine genişletilmiş olmaktadır. İkincisi, esnek olmasının bir avantaj gibi gösterildiği zaruret hali tam aksine negatif bir dille yazılarak ve sıkı şartlar getirilerek kötüye kullanmalara karşı korunmak istenmiş, bu durum açıkça belirtilmiştir. Meşru müdafaa hakkının önleyici meşru müdafaa ile son derece genişletildiği bir zeminde bir de zaruret halini pratikte sağladığı imkanlardan yararlanmak için kullanmak, terörizmi bahane ederek kuvvet kullanılabilmesine imkan tanıyacaktır.

Kısacası zaruret hali kötüye kullanmanın engellenmesi yönündeki tüm çabalara rağmen, hala birtakım belirsizlikler içermektedir ve mevcut haliyle bazı alanlara uygulanması son derece güçtür. Taslak Maddeler mevcut haliyle bir milletlerarası anlaşma halini alırsa, kanaatimizce bu problemleri aşmanın yolu bazı alanlara o alana özel zaruret hali düzenlemeleri yapmak olabilir. Kaldı ki *lex specialis* hükümlerin öncelikli uygulanacağı yönündeki mevcut kural bunu sağlamaya elverişlidir. Taraflar bu gibi sorunlarla karşılaşmamak için anlaşmalara zaruret haline ilişkin özel maddeler koymalı, böyle bir düzenlemenin yokluğunda mahkemece genel zaruret halinin re'sen uygulanabileceğini dikkate almalıdırlar.

BİBLİYOGRAFYA

I. KİTAPLAR

- Acer, Yücel; Kaya, İbrahim: **Uluslararası Hukuk**, Ankara, USAK Yay., 2010.
- Agius, Maria: **“The Invocation of Necessity in International Law”**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Uppsala University, 2006.
- Aksar, Yusuf: **Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I**, İstanbul, Seçkin Yay., 2012.
- Brierly, James L.: **The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace**, Ed. By. Sir Humprey Waldock, 6th ed., Oxford The Clarendon Press, 1963.
- Brownlie, Ian: **International Law and the Use of Force by States**, Oxford University Press, 1963
- Cheng Bin : **General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals**, London, Stevens and Sons Limited, 1953.
- Crawford, James: **The International Law Commission’s Articles on State Responsibility – Introduction, Text and Commentaries**, Cambridge University Press, 2002.

- Dyck, Andrew R.: **A Commentary on Cicero, De Legibus**, The University of Michigan Press, 2004.
- Erkiner, Hakkı Hakan: **Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu**, İstanbul, Oniki Levha Yay., 2010.
- Fenwick, Charles G. : **International Law**.London, Allen and Unwin, 1924.
- Grotius, Hugo: **On the Law of War and Peace**, Çev. A.C. Campbell, Batoche Books, Ontario, 2001.
- Grotius, Hugo: **Savaş ve Barış Hukuku**, Çev. Seha L. Meray, AÜSBF Yay., 1967
- Gündüz, Aslan: **Milletlerarası Hukuk**, ed. by. Reşat Volkan Günel, 6. Bs., İstanbul, Beta Yay., 2013.
- Hershey, Amos Shartle: **The Essentials of International Public Law and Organisation**, New York, The Macmillan Company, 1919.
- Higgins, Rosalyn: **The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations**, Oxford University Press, 1963.

- Kaya, İbrahim: **Uluslararası Hukukta Temel Belgeler**, Seçkin Yay., Şubat 2013
- Kelsen, Hans: **Principles of International Law**, The Law Book Exchange Ltd., Clark, New Jersey, 2003.
- Moore, JohnBassett: **International Adjudications: Modern Series**, Vol.4, 1931.
- Pazarıcı, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk**, 10. bs., İstanbul, Turhan Kitabevi, 2011.
- Stowell, Ellery C.: **Intervention in International Law**, Washington D. C., JohnBryne & Co., 1921.
- Thomas, Aquinas: **Summa Theologica**
- Toluner, Sevin: **Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk**, İstanbul Üniversitesi Yay. No:2309, 1977.
- Tütüncü, Ayşe Nur: **Gemi Kaynaklı Deniz Kirlenmesinin Önlenmesi, Azaltılması ve Kontrol Altına Alınmasında Devletin Yetkisi**, 3. bs., İstanbul, Beta Yay.

Tütüncü, Ayşe Nur: **İnsancıl Hukuka Giriş**, İstanbul, Beta Yay., 2. bs., 2012.

Tütüncü, Ayşe Nuret. al.: **Milletlerarası Adalet Divanı Kararları (1990-2007)**, İstanbul, Beta Yay., 2008.

Uzun, Elif: **Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu**, İstanbul, Beta Yay., 2007.

Yılmaz, İlhan: **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID**, İstanbul, Beta yay., 2004

Jahrbuch des Völkerrechts, Vol. III, ed. by., Th. Niemeyer, K. Strupp, München, 1916.

II. MAKALELER

Allott, Philip : “State Responsibility and the Unmaking of International Law”, **Harv. Int’l L.J.**, Vol.29, No.1, s.1-26.

Anlar, Güneş Şule: “Gabcikovo- Nagymaros Davası”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.55, Sa. 2, 2006, s. 91-116.

Aréchaga, Eduardo Jiménez de : “International Responsibility”, **Manual of Public International Law**, Ed. By. Max Sorensen, St. Martin’s Press, 1968, s. 542.

- Barboza, Julio: “Necessity (Revisited) in International Law, **Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs**, Ed. by. Jerzy Makarczyk, s.27-44.
- Boed, Roman: “State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct”, **Yale Human Rights & Development Law Journal**, Vol.III, s.1-43.
- Denk, Erdem: “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar”, **AÜSBFD**, Cilt 56, No.2, 2001, s. 44-70.
- Forteau, Mathias: “Reparation in the Event of a Circumstance Precluding Wrongfulness, **The Law of International Responsibility**, Ed. By.James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, New York, Oxford University Press, 2010, s.887-893.
- Johnstone, I.: “The Plea of Necessity in International Legal Discourse: Humanitarian Intervention and Counter-Terrorism”, **Columbia Journal of Transnational Law**, vol.43, 2005, s.337-388
- Laursen, Andreas: “The Use of Force and (the State of) Necessity”, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol.37, 2004, s.485-504
- Nolte, Georg: “From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional Primacy of a Bilateral Conception of

- Inter-state Relations”, **European Journal of International Law (EJIL)**, Vol.13., No.5, s. 1083-1098.
- Romano, John A. : “Combatting Terrorism and Weapons of Mass Destruction: Reviving the Doctrine of a State of Necessity”, **Georgetown Law Journal**, Vol.87, 1999, s.1023-1057
- Reinish, August: “Necessity in Investment Arbitration”, **Netherlands Yearbook of International Law (Necessity Across International Law)**, Vol.41, 2010, , s.137-158.
- Rytter, J. E.: “Humanitarian Intervention without the Security Council: From San Francisco to Kosovo- And Beyond”, **Nordic Journal of International Law**, Vol.71, 2001, s.121-160
- Szurek, Sandra: “The Notion of Circumstances Precluding Wrongfulness”, **The Law of International Responsibility**, ed. by. James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, New York, Oxford University Press, 2010, s.427-438.
- Schill, Stephan, Briese, Robyn: “If the State Considers: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement”, **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, Vol. 13, 2009, s. 61-140

- Schwarzenberger, Georg: “The Fundamental Principles of International Law”, **Recueil des Cours (RDC)**, vol. 87, 1955, s. 191-386.
- Scobbie, Iain: “Words My Mother Never Taught Me – In Defense of the International Court”, **American Journal of International Law (AJIL)**, 1999, s. 76-88.
- Thejoernelund, Marie Christine H. : “State of Necessity as an Exemption From State Responsibility”, **Max Planck Yearbook of United Nations Law** , Vol.13, 2009, s.423-480.
- Verhoeven, Joe: “The Law of Responsibility an The Law of Treaties”, **The Law of International Responsibility**, ed. by. James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, New York, Oxford University Press, 2010, s.105-114.
- Vinuales, Jorge E. : “State of Necessity and Peremptory Norms in International Investment Law”, **LawandBusinessReview of the Americas**, vol.14, 2008,s.79-104.
- Waibel, Michael: “Two Worlds of Necessity in ICSID Arbitration: CMS and LG&E”, **Leiden Journal of International Law**, Vol.20, 2007, s.637-648.
- Waldock, C.H.M.: The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law, **RDC**, Vol. 81, 1952, s. 469-486.
- Weidenbaum, Paul: “Necessity in International Law”, **Transactions of the Grotius Society**, vol.24, 1938, s.105-132

“Necessity Across International Law”,
Ed. by. I. F. Dekker, E. Hey,
**Netherlands Yearbook of
International Law**, Vol. 41, 2010.

III. ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

Evirgen, Duygu: “Arjantin Krizinin Nedenleri, Sonuçları ve Türkiye Karşılaştırması”, **Mevzuat Dergisi**, No.7, 2004(Çevrimiçi)<http://www.mevzuatdergisi.com/2004/05a/04.htm>, 16.06.2013.

IMF Policy Development and Review Department , “Lessons From the Crisis In Argentina”, s.3
(Çevrimiçi) <http://www.imf.org/external/np/pdr/lessons/100803.htm>, 16.06.2013.

Kanwar, Vivek Vik: **The Politics of Necessity: Doctrines and Discourses of the 'Salus Populi' in Public International Law** , 2006, (Çevrimiçi) SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1620219>, 27.06.2013

Ripinsky, Sergey: State of Necessity: Effect on Compensation, s.6 (Çevrimiçi) http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1546991, 16.06.2013.

Sloane, Robert D. : “On the Use and Abuse of Necessity in the Law of State Responsibility”, **Boston University School of Law Working Paper No.11-16**, 2011, s.59. (Çevrimiçi) <http://www.bu.edu/law/faculty/scholarship/workingpapers/documents/SloaneR032811-rev-may17-11.pdf>, 16.06.2013.

“Sources of International Water Law”, FAO Legislative Study 65, (Çevrimiçi) <http://www.fao.org/docrep/005/w9549e/w9549e00.htm#Contents>, 19.06.2013.

Yamada, Takuhei: “**State of Necessity in International Law: A Study of International Judicial Cases**”, s. 111-112, (Çevrimiçi) <http://www.law.kobegakuin.ac.jp/~jura/hogaku/34-4/34-4-04.pdf>, 19.06.2013.

IV. MİLLETLERARASI MAHKEME İÇTİHATLARI

A. Milletlerarası Daimi Adalet Divanı Karar ve Görüşleri

Lotus Davası, The Case of the S.S. "Lotus", Judgment, Permanent Court of International Justice (PCIJ), Ser. A- No.10.

Customs Regime between Germany and Austria (1931), Advisory Opinion, Ind. Op. by Anzilotti, PCIJ, Ser.A/B No. 41

Wimbledon davası, Case of the S.S. "Wimbledon", Dissenting Opinion by Anzilotti and Huber, PCIJ, Ser.A No. 1.

Oscar Chinn davası, The Oscar Chinn Case, Judgment, PCIJ, Ser. A/B No.63

Payment of various Serbian loans issued in France, Judgment, PCIJ, Ser.C No.16/3

Payment in gold of the Brazilian Federal Loans issued in France, Judgment, PCIJ, Ser.C No.16/4.

B. Milletlerarası Adalet Divanı Karar ve Görüşleri

Korfu Kanalı Davası, Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: ICJ Reports 1949

Nikaragua'ya Karşı Militer ve Paramiliter Faaliyetler Davası, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Judgment, ICJ Reports 1986.

Nükleer Silahların Kullanılması veya Hukuka Uygunluğuna Dair Danışma Görüşü, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Adv. Op., ICJ Reports 1996.

Gabcikovo-Nagymaros Projesi Davası, Case Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project, Judgment, ICJ Reports 1997.

OilPlatforms Davası, Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, ICJ Reports 2003.

Duvar İnşası Danışma Görüşü, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Adv. Op., ICJ Reports 2004.

C. Hakem Kararları

The Neptune(1797), Bkz.John Bassett Moore, **International Adjudications: Modern Series**, Vol.4, 1931, s.372.

The Great Venezuelan Railroad Case (1903), RIAA vol. X, s.468-476

Maal Case (1903), RIAA vol. X s.730- 733.

Faber Davası (1903)

The Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft oil tankers (Standard Oil Co. Case) Reparation Commission/ USA (1926), RIAA vol. II, s.777-795.

Portugo- German Arbitration (1919), RIAA vol. II.

Dickson Car Wheel Company (USA) v. United Mexican States (1931), RIAA vol. IV, s. 681-682

Rainbow Warrior Davası, Rainbow Warrior Case, RIAA vol. XX, 1990.

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International Inc. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, 2006.

CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case no. ARB/01/8, Award, 2005.

Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 2007.

CMS Co. v. Argentine, Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment, of the Argentine Republic.

V. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER BELGELERİ

Report of the *Special Rapporteur*, Mr. F.V. Garcia Amador, 8th Session of the ILC (1956), UN Doc. A/CN.4/96

Addendum to the Eight Report on State Responsibility, by Mr. Roberto Ago (1980), UN Doc. A/CN.4/318/ADD.5-7.

Report of the International Law Commission on the Work of Its Thirty-Second Session, (5 May-25 July 1980), UN Doc. A/35/10.

Report of the ILC on the work of its forty-ninth session(1997), UN Doc. A/52/10.

First Report of the *Special Rapporteur*, Mr. James Crawford, , 50th Session of the ILC (1998), UN Doc. A/CN.4/490

Second report on State Responsibility by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, 51th Session of the ILC (1999), UN Doc. A/CN.4/498

Report of the ILC on the work of its fifty-first session (1999), UN Doc. A/54/10

Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 53rd Session of the ILC (2001), UN Doc. A/56/10.